Arc 13761

OTHEEK GENT
3721
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

System der Pandekten

oder

Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung

des

Justinianeischen Privatrechts.

Von

D. Karl Bucher

Königl. Baierischem Hofrathe, ordentlichem öffentlichen Lehrer der Rechte und Beisitzer des Spruchcollegiums auf der Universität zu Erlangen.

Dritte vermehrte und verbesserte Ausgabe.

Erlangen
bei Palm und Enke.
1822.

Digitized by Google

Digitized by Google

Seinem

theuersten Freunde und Collegen

Herrn geheimen Hofrathe

D. Christian Friedrich Glück

als

Zeichen aufrichtiger Hochachtung
und Freundschaft

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Wenn ich in der Vorrede zur zweiten Ausgabe meines Versuches einer systematischen Darstellung des Justinianeischen Privatrechts (Halle 1811. XVI. u. 440 S. 8.) aufrichtig gestehen mufste, dafs die erste Ausgabe (Marburg 1808. 122 S. 8.), welche eigentlich nur eine blofse Skizze enthielt, in mehr als einer Hinsicht zu unvollkommen gewesen sey, als dafs ich ihr nicht selbst eine vollendetere Gestalt zu geben gewünscht hätte: so mufs ich gegenwärtig, in der Vorrede zur dritten Ausgabe, dasselbe wieder hinsichtlich der zweiten Ausgabe bekennen, welche gleichfalls sehr Vieles, wie ich selbst am Besten eingesehen, zu wünschen übrig gelassen hat. Aber auch die gegenwärtige, unter vielen störenden Berufsarbeiten zu Stande gekommene, dritte Ausgabe, hat noch immer den Grad von Vollkommenheit nicht erreicht, dafs ich nicht die Hoffnung hegen sollte, sie, nach Ablauf einiger Jahre, durch eine neue verbesserte vierte Ausgabe wieder verdrängen zu können.

Digitized by Google

Nach allen Kräften habe ich mich bemüht, den gütigen und ehrenvollen Beifall, den die zweite Ausgabe dieses Buches, in den öffentlichen gelehrten Blättern, unverdienter Weise erhalten hat, bei dieser neuen Ausgabe mir zu erhalten und von Neuem zu erwerben. — Ob es mir gelungen sey? mögen Männer, die es beurtheilen können, entscheiden. — Fast kein einziger Paragraph der vorigen Ausgabe ist unverändert geblieben und gar Vieles ist berichtiget worden, auch habe ich die Hauptbeweisstellen, so viel es nöthig war, dem Texte hinzugefügt, und bei den wichtigern Lehren, da sie in einem blossen Lehrbuche nicht vollständig erschöpft werden konnten, auf die nöthigen literarischen Hülfsmittel verwiesen. — Nichts würde mich mehr freuen, als den billigen Forderungen meiner gelehrten Freunde auch durch diese Arbeit einiger Maſsen entsprochen zu haben! —

Erlangen im Julius 1822.

Bucher.

Digitized by Google

Allgemeine Uebersicht.

„*Certe ars eo tantum spectat, ne animus in rebus ad disciplinam aliquam pertinentibus persequendis, tanquam incertis sedibus, vagetur ignarus, quid potissimum sequi debeat, aut confusione et perturbatione distractus oberret; sed ductum artis secutus, viam videat, quae, quid primum in quaque re sit, quid secundum, quid tertium aut postremum iudicet; quam deinde insistens, recta et sine errore progrediatur ad finem.*“

H. Donellus (*in Comm. I*, 1. §. 14.)

Einleitung:

Erster Abschnitt: von den Quellen des Justinianeischen Privatrechts:

Erstes Capitel: von den Quellen an und für sich S. 3 — 20.

Zweites Capitel: von dem gegenseitigen Verhältnifs und der Interpretation der Quellen. S. 21 — 29.

Zweiter Abschnitt: von der systematischen Behandlung des Justinianeischen Privatrechts. S. 30 — 36.

Digitized by Google

Allgemeiner Theil:

Erstes Hauptstück: von dem Recht und der Gerechtigkeit überhaupt. S. 39 — 48.

Zweites Hauptstück: von den Gegenständen des Rechts:

Erster Abschnitt: von den Personen. S. 51 — 58.

Zweiter Abschnitt: von den Sachen. S. 58 — 67.

Dritter Abschnitt: von den Forderungen und Klagen:

Erster Absatz; von dem römischen Begriff der Obligatio und von den Arten derselben. S. 67 — 76.

Zweiter Absatz: von den Klagen, welche den bürgerl. Forderungen entsprechen und den Einreden, die der Beklagte dagegen hat. S. 77 — 92.

Besonderer Theil:

Erstes Buch: Familienrecht:

Erster Hauptabschnitt: von der Ehe:

Erstes Hauptstück: von der Eingehung der Ehe. S. 106 — 112.

Zweites Hauptstück; von den Wirkungen der eingegangenen Ehe. S. 112 — 119.

Drittes Hauptstück: von der Auflösung der Ehe. S. 120. 121.

Zweiter Hauptabschnitt: von der väterlichen Gewalt:

Erstes Hauptstück: von der Entstehung der väterlichen Gewalt. S. 122 — 130.

Zweites Hauptstück: von den Wirkungen der entstandenen väterlichen Gewalt. S. 130 — 133.

Digitized by Google

Drittes Hauptstück: von der Aufhebung der väterlichen Gewalt. S. 133. 134.

Dritter Hauptabschnitt: von der Vormundschaft:

Erstes Hauptstück: von der Tutel:

Erster Abschnitt: von den zur Begründung der Tutel nöthigen Erfordernissen. S. 136 — 146.

Zweiter Abschnitt: von den Wirkungen der gehörig constituirten Tutel. S. 146 — 149.

Dritter Abschnitt: von der Aufhebung der Tutel. S. 149 — 152.

Zweites Hauptstück: von der Curatel. S. 152 — 155.

Vierter Hauptabschnitt: von der Sclaverei. S. 155 — 157.

Zweites Buch: Sachenrecht:

Erster Hauptabschnitt: von dem Recht auf unsere eigene Sachen, oder vom Eigenthume:

Erstes Hauptstück: vom Erwerbe des Eigenthumes:

Erster Abschnitt: allgemeine Bedingungen des Erwerbes. S. 160 — 163.

Zweiter Abschnitt: von den einzelnen Erwerbarten.

Erstes Capitel: von der Occupation. S. 163—169.

Zweites Capitel: von der Accession. S. 169—180.

Drittes Capitel: von der Tradition. S. 180—192.

Viertes Capitel: von der Usucapion. S. 192—223.

Fünftes Capitel: sonstige Erwerbarten. S. 223 bis 228.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück: von den Wirkungen des gehörig erworbenen Eigenthumes:

Erster Abschnitt: von den Wirkungen überhaupt. S. 229 — 233.

Zweiter Abschnitt: von der *Rei vindicatio* insonderheit. S. 233 — 246.

Drittes Hauptstück: vom Verluste des Eigenthumes. S. 246 — 247.

Zweiter Hauptabschnitt: von dem Rechte auf fremde Sachen:

Erstes Hauptstück: von der Emphyteusis. S. 248—253.

Zweites Hauptstück: von der Superficies. S. 254—257.

Drittes Hauptstück: von dem Besitze in gutem Glauben, oder dem prätorischen Eigenthume. S. 257 — 263.

Viertes Hauptstück: von den Servituten;

Erster Abschnitt: von den persönlichen:

Erstes Capitel: vom Usufruct. S. 265 — 285.

Zweites Capitel: von den sonstigen Arten. S. 285 — 288.

Zweiter Abschnitt: von den dinglichen. S. 288—295.

Fünftes Hauptstück: vom Pfandrechte:

Erster Abschnitt: von der Constitution des Pfandes:

Erstes Capitel: von dem zu verpfändenden Gegenstande. S. 298 — 302.

Zweites Capitel: von der Art der Verpfändung:

Erster Absatz: vom freiwilligen Pfande. S. 303. 304.

Zweiter Absatz: vom nothwendigen (richterlichen und gesetzlichen) Pfande. S. 305 — 311.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt: von den Wirkungen des constituirten Pfandrechts:

Erstes Capitel; von den Wirkungen an und für sich:

Erster Absatz; zwischen dem Gläubiger und Schuldner. S. 311 — 319.

Zweiter Absatz: zwischen mehreren Gläubigern. S. 319 — 328.

Zweites Capitel: von den aus dem Pfandrecht entspringenden Rechtsmitteln. S. 329 — 333.

Dritter Abschnitt: von der Auflösung des Pfandes. S. 334 — 340.

Drittes Buch: Recht der Forderungen:

Erster Hauptabschnitt: von der Entstehung und den Wirkungen der bürgerlichen Forderungen:

Erstes Hauptstück: von den Forderungen aus Verträgen:

Erster Abschnitt: von der Begründung der Verträge:

Erstes Capitel: von den Contrahenten. S. 343 — 350.

Zweites Capitel: von dem Zweck und Gegenstande eines Vertrages. S. 350 — 353.

Drittes Capitel: von der Einwilligung:

Erster Absatz: von der Einwilligung überhaupt. S. 353 — 356.

Digitized by Google

Zweiter Absatz: nähere Bestimmungen der Einwilligung. S. 356 — 365.

Anhang: von der Entschädigung, wenn der Gegenstand der Forderung zu Grunde ging oder verschlimmert wurde. S. 365—375.

Zweiter Abschnitt: von den Wirkungen der constituirten einzelnen Verträge:

Erstes Capitel: von den Consensualverträgen:

Erster Absatz: vom Kaufcontract. S. 376 — 383.

Zweiter Absatz: vom Miethcontract. S. 384—390.

Dritter Absatz: von der Bevollmächtigung. S. 391 — 396.

Vierter Absatz: von der Gesellschaft. S. 396 — 403.

Fünfter Absatz: von gewissen sonstigen Verträgen, die durch blofse Einwilligung eine klagbare Forderung bewirken. S. 403 — 409.

Zweites Capitel: von den Realverträgen:

Erste Classe: Verträge, die auf Rückgabe einer gegebenen Sache gerichtet sind. S. 409 — 426.

Zweite Classe: Verträge, die auf Leistung einer andern Sache oder Handlung gerichtet sind. S. 427 — 430.

Drittes Capitel: von dem Verbalcontract oder von der Stipulation. S. 430 — 433.

Viertes Capitel: vom Literalcontracte. S. 434. 435.

Zweites Hauptstück: von den Forderungen aus widerrechtlichen Handlungen:

Erster Abschnitt: vom Diebstahl:

Digitized by Google

Erster Absatz: vom Diebstahl überhaupt. S. 436 — 439.

Zweiter Absatz: von einigen in den Quellen besonders ausgezeichneten Arten. S. 439. 440.

Zweiter Abschnitt: von der Gewalt. S. 440—444.

Dritter Abschnitt: von der widerrechtlichen Beschädigung. S. 445 — 449.

Vierter Abschnitt: von den Iniurien. S. 449 — 450.

Drittes Hauptstück: von den vermischten Fällen der Forderungen:

Erster Abschnitt: von den Quasicontracten:

Erster Absatz: von der Geschäftsführung. S. 451 — 453.

Zweiter Absatz; von der Gemeinschaft. S. 454 — 457.

Zweiter Abschnitt: von den Quasidelicten. S. 457. 458.

Dritter Abschnitt: sonstige Fälle. S. 458—461.

Zweiter Hauptabschnitt: von der allgemeinen Beendigung der bürgerlichen Forderungen:

Erstes Hauptstück: von der Aufhebung, die von Rechtswegen (*ipso iure*) geschieht:

Erster Abschnitt: von der Novation. S. 462—467.

Zweiter Abschnitt: von der Aufhebung ohne Novation. S. 467 — 471.

Zweites Hauptstück: von der Aufhebung der Forderungen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand:

Digitized by Google

Erster Abschnitt: von der Restitution überhaupt. S. 472 — 474.

Zweiter Abschnitt: von der prätorischen Restitution insonderheit. S. 474 — 479.

Drittes Hauptstück: von der Aufhebung durch eine vorgeschützte Einrede:

Erster Abschnitt: von den Einreden, die gleich Anfangs bei Eingehung des obligatorischen Geschäftes begründet sind. S. 480 — 484.

Zweiter Abschnitt: von den nach eingegangenem obligatorischen Geschäfte entstehenden Einreden. S. 484.

Viertes Buch: Erbrecht:

Erster Hauptabschnitt: Darstellung der Universalsuccession:

Erstes Hauptstück: von der Delation derselben:

Erster Abschnitt: von der gesetzlichen Beerbung;

Erstes Capitel: allgemeine Grundsätze. S. 494—496.

Zweites Capitel: einzelne Successionsarten:

Erster Absatz: ordentliche Succession. S. 496—512.

Zweiter Absatz: ausserordentliche Succession. S. 512 — 515.

Zweiter Abschnitt: von der testamentarischen Erbdelation:

Erster Absatz: von der anfänglichen Gültigkeit der directen Erbdelation. S. 516 — 538.

Zweiter Absatz: von der anfänglichen Gültigkeit der fideicommissarischen Erbdelation. S. 539—543.

Digitized by Google

Dritter Absatz: von der gültigen Fortdauer, sowohl der directen als fideicommissarischen Erbdelation. S. 544. 545.

Anhang: vom privilegirten Testamente der Soldaten. S. 546 — 548.

Dritter Abschnitt: von der gegen ein Testament gerichteten Erbdelation:

Erstes Capitel: älteres römisches Recht:

Erster Absatz: Recht der Suität. S. 549 — 551.

Zweiter Absatz: *Bonorum possessio contra tabulas.* S. 551. 552.

Dritter Absatz: *Querela inofficiosi testamenti.* S. 552 — 555.

Zweites Capitel: neuestes Justinianeisches Recht. S. 556 — 558.

Zweites Hauptstück: von dem Erwerbe der gehörig deferirten Universalsuccession:

Erster Abschnitt: vom Erwerbe der directen gesetzlichen oder testamentarischen Universalsuccession:

Erster Absatz: vom Erwerbe an und für sich. S. 559 — 568.

Zweiter Absatz: von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes. S. 569 — 572.

Zweiter Abschnitt: von dem Erwerbe der fideicommissarischen Universalsuccession:

Erster Absatz: vom Erwerbe an und für sich. S. 573 — 576.

Zweiter Absatz: von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes. S. 576 — 581.

Anhang: von den bei der Universalsuccession Statt findenden Rechtsmitteln. S. 582. 583.

Digitized by Google

Zweiter Hauptabschnitt: Darstellung der Singularsuccession:

Erstes Hauptstück: von der Delation desselben:

Erster Abschnitt: von der anfänglichen Gültigkeit der Delation:

Erster Absatz: von den dabei vorkommenden Subjecten. S. 584 — 586.

Zweiter Absatz: von dem legirten Gegenstande. S. 587 — 590.

Dritter Absatz: von der Art und Weise zu legiren. S. 590. 591.

Zweiter Abschnitt: von der gültigen Fortdauer der Delation. S. 592.

Zweites Hauptstück: von dem Erwerbe der gehörig deferirten Singularsuccession:

Erster Abschnitt: von Erwerbe an und für sich, oder von der auf den Erwerb sich beziehenden positiven oder negativen Willensbestimmung des Legatars. S. 594. 595.

Zweiter Abschnitt: von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes. S. 595 — 599.

Anhang: von den bei der Singularsuccession Statt findenden Rechtsmitteln. S. 599.

Digitized by Google

EINLEITUNG.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Von den Quellen des Iustinianeischen Privatrechts.

Erstes Capitel.

Von den Quellen an und für sich.

Christ. Gottl. Haubold *praecognita iuris Romani novissimi.* Lp. 1796. §. 7—16.

Desselben Anleitung zur genauern Quellenkunde des römischen Rechts. Leipzig 1818. 8.

Christ. Friedr. Glück Einleitung in das Studium des römischen Privatrechts. Erlangen 1812. 8.

Ernst Spangenberg Einleitung in das römisch-Justinianeische Rechtsbuch. Hannover 1818.

§. 1.

I) *Vom Corpus iuris im Ganzen und dessen Ausgaben.*

Die Quellen, woraus wir das Iustinianeische Privatrecht schöpfen, sind bekanntlich in dem so genannten *Corpus*

Digitized by Google

iuris civilis enthalten; wiewohl auch die uns erhaltenen Gesetze der früheren und späteren Zeit, bei der Darstellung des Iustinianeischen Rechts mittelbar von der gröfsten Wichtigkeit sind. — Die Glossatoren theilten die ursprünglich aus einzelnen Theilen bestehende Gesetzgebung Iustinian's in fünf *Volumina*, die drei ersten kamen auf die Pandekten (*Dig. vetus*, *infortiatum*, *novum* s. §. 5.), das vierte auf die 9 ersten Bücher des Codex und das fünfte (*volumen parvum*) enthielt die drei letzten Bücher des Codex, die Novellen, *libri feudorum* und Institutionen. Den schon sehr frühe vorkommenden Namen *Corpus iuris civilis* für die ganze Sammlung hat zuerst *Dionysius Gothofredus* auf dem Titelblatte eingeführt [1]). Die in dem *Corpus iuris* enthaltenen Gesetze sind aber bekanntlich nur in so fern mit Gesetzeskraft versehen, als sie im Mittelalter von den Lehrern der hohen Schule zu Bologna mit Anmerkungen (Glossen) versehen sind, daher der Grundsatz: *quem textum glossa non agnoscit*, *eum nec agnoscit curia s. forum* [2]).

---

1) Vgl. Io. Chph. Koch *de ordine legum in Pandectis* Giess. 1784. §. 1. Not. b. mit Hugo's civilist. Litterairgesch. (Berlin 1812.) S. 188. — Schon in einer Schenkungsurkunde v. J. 1262 kommt der Name *Corpus iuris* vor. s. Mauro Sarti *de cl. archigymn. Bonon. Professorib.* T. I. P. II. p. 214.

2) Ueber diesen Grundsatz vgl. vorzüglich A. D. Weber Versuche über das Civilrecht. Schwerin und Wismar 1801. Nr. 1. und Glück Einleitung S. 268 fg. — Zu den unglossirten und von neuern Rechtsgelehrten wieder hergestellten Gesetzen (*leges restitutae*) gehören namentlich aus den Pandekten Fr. 7. §. 4. in f. und 5. Fr. 8—11. D. 48, 20. Fr. 20—19. D. 48, 22.; aus dem Codex mehrere Stellen, z. B. c. 35. 38. 39. 41—47. C. 1, 3. c. ult. C. 2, 2. c. ult. C. 5, 1, insonderheit die, welche nach der in den Institutionen enthaltenen Angabe (vgl. §. 27. I. 2. 20. pr. I. 3, 10. §. 7. I. 3, 2. §. 3. I. 3, 8. §. 24. 33.

Digitized by Google

§. 2.

Die Ausgaben des gesammten Iustinianeischen Rechts theilen sich in glossirte und nicht glossirte, und die letzteren in solche, die mit Anmerkungen neuerer Rechtsgelehrten, oder ohne dieselben erschienen sind. — Die wichtigsten glossirten Ausgaben sind: 1) *Lugd. ap. Sennetonios fratres* 1549. 5o. V *Vol.* f. 2) *cura* Ant. Contii *Paris* 1576. V *Vol.* f. 3) *cura* Petri ab Area Baudoza Cestii *Lugd.* 1593. IV *Vol.* 4. 4) *ex rec.* Dion. Gothofredi *Lugd.* 1589. VI *Vol.* f. *rec. ib.* 1604 *et* 1612. 5) *cura* Io. Fehi *Lugd.* 1627. VI *Vol.* f. — Zu den besten Ausgaben mit Noten neuerer Rechtsgelehrten gehören folgende: 1) *cura* Lud. Russardi *Lugd.* 1560. 61. II *Vol.* f. *Antwerp.* 1567. *ib.* 1569. 70. VII *Vol.* 8. [1]) 2) *c.* Ant. Contii *Paris* 1562. IX. *Vol.* 8. *Lugd.* 1571. *et ib.* 1581. XV *Vol.* 12. 3) *c.* Lud. Charondae *Antw.* 1575. f. 4) *c.* Iulii Pacii *Atrebati* (Arras) 1580. f. *et ib. eod. anno* IX *Vol.* 8. 5) *cum notis* Dionys. Gothofredi *Lugd.* 1583. 4. (Nachdruck *Fcf. ad M.* 1663. gr. 4. mit vier geschlungenen Händen u. s. w.) *Lugd.* 1590. II *Vol.* f. *ib.* 1602. IV. *Vol.* f. *ib.* 1607. II *Vol.* f. *Genevae* 1624. *studio* Iacobi Gothofredi (beste Gothofredische Ausgabe). 6) *c.* Simonis van Leeuwen *Amst.* 1663. fol. (Ausser der letzten Gothofr. Ausg., welche dabei zum Grunde liegt, sind dabei noch viele Anmerk. anderer Rechtsgelehrten benutzt.) Nachdrücke: Leipzig 1705,

---

I. 4, 6.) in dem *Codex vetus* enthalten waren. s. Gust. Wilh. Hugo über die nicht glossirten Stellen im Codex. Iena und Lpz. 1807. 8. Von den Novellen sind nur 96 glossirt (s. §. 11.) und auch der so gen. *Appendix Corp. iur.* hat gar keine Glossen.

1) Russardische Note? s. Phil. Fr. Weis: Etwas über die in den Pand. vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardische Note. Marb. 1793. 4.

Digitized by Google

1720, 1740. II *Vol.* 4. 7) *ex rec.* Ge. Chr. Gebauer *et post eius obitum c.* Ge. Aug. Spangenberg *Vol.* I. Gött. 1776. gr. 4. Vgl. (Meurer) von dem Werthe der Gebauerischen Ausg. der Inst. u. Pand. Gött. 1779. *Vol.* II. *ib.* 1797. vgl. (Cramer) in der allgem. d. Bibliothek Bd. 50. S. 65—88. — Zu den ohne Noten erschienenen Ausgaben gehören endlich 1) die Amsterdamer Octav-Ausgaben (*sumtibus societatis* Danielis Elsevirii *etc.* 1664. (*pars secundus*) 1681. 1687. und am Besten 1700. 2) *Corp. iuris academicum* von Chph. Heinr. Freiesleben Altenb. 1721. gr. 8. Basel 1734. 4. u. s. w. 3) von Ioh. Friedr. Plitt Bd. 1. Gravenhaag und Frankf. am Main 1789. 8. (Ein unvollendeter Nachdruck der Gebauer-Spangenberg'schen Ausg.) — Ausser den bisher angeführten Ausgaben giebt es auch so genannte reconcinnirte Ausgaben und Chrestomathien [2]; eine ganz vollendete eigentlich kritische Ausgabe ist aber immer noch ein wahres Bedürfnifs [3]. — Als allgemeines Lexicon über die Iustinianeische Legislation ist das gelehrte Werk von Barnab. Brissonius († 1591) *de verbo-*

---

2) *Pand. Iustinianeae in novum ordin. digestae cum legib. Codicis et Novellis etc. Auct.* Rob. Ios. Pothier III Vol. f. *Paris. et Carnuti* 1748—52. *Lugd.* 1782. — Eusebii Begeri *corp. iur. civ. reconcinnat. c. praef.* L. B. de Senckenberg *Fef. et Lips.* 1767. 68. III Vol. 4. Unter den Chrestomathien verdienen, ausser Domat (*delectus legum Paris.* 1700. 4. *Amstel.* 1703. 4.) die von Seidensticker (*corpus iuris civilis in chrestomathiam contractum.* Gött. 1798. 8.) und Hugo (3te Aufl. Berlin 1820.) eine Erwähnung.

3) Vgl. von Feuerbach civilist. Versuche Bd. 1. Giessen 1803. S. 173. fg. — Die neuesten Bemühungen sind von Schrader (in dessen civilist. Abhandl. Weimar 1816. n. VII.) und von Clossius (vgl. dessen *Comm. sistens quorund. MStor. etc. accuratior. descriptionem. Vimariae* 1818).

Digitized by Google

ram, quae ad ius civile pertinent, significatione sehr brauchbar [4]).

§. 3.

II) *Von den einzelnen Hauptbestandtheilen des Corpus iuris.*

1) Von den Institutionen.

Die vier Bücher (99 Titel) der Institutionen sollten ein mit Gesetzeskraft versehenes eigentliches Lehrbuch über die wichtigsten Grundsätze des geltenden Rechts seyn. (*Totius legitimae scientiae prima elementa.*) [1]) Sie wurden auf Iustinian's Befehl von Tribonian, Theophilus [2]) und Dorotheus nach den Pandekten abge-

---

4) *Lugd.* 1539. f. *Paris.* 1596. f. c. Io. Gottl. Heineccii *c. praef.* I. H. Böhmer *Hal.* 1743. f. — Io. Wunderlich *additamenta ad Brissonii Opus de V. S. Hamb.* 1778. f.

1) Der Zweck der Abfassung war, nach Iustinian's Angabe: „*ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigeretur scientiam.*“ Const. de conceptione Digestor. §. 11.

2) Dafs die griechische Paraphrase der Institutionen, welche glücklicher Weise auf uns gekommen ist, wirklich von Theophilus, dem Zeitgenossen Iustinian's, herrührt, wird wohl gegenwärtig nicht mehr bezweifelt. Vgl. Hugo's Rechtsgesch. §. 322. Die erste Ausgabe des Originals hat Viglius ab Aytta Zuichemus (*Basil.* 1534. f.) besorgt. Die älteste, wiewohl nicht immer richtige, Uebersetzung ist von Iac. Curtius (zuerst *Antwerp.* 1536. 8). Karl Hannibal Fabrot hat das Verdienst, den Text aus Handschriften verbessert (Paris 1638 u. *ibid.* 1657. 4.) und Wilhelm Otto Reitz († 1768) eine in jeder Hinsicht vollendete, mit einer trefflichen lateinischen Uebersetzung versehene Ausgabe geliefert zu haben. *Hagae Comit.* 1751. II Vol. 4. Eine deutsche Uebersetzung ist von I. C. Fincke (Gött. 1805. 1809) erschienen, und eine neue

Digitized by Google

faſst und vor denselben (21. Nov. 533.) öffentlich bekannt gemacht, zugleich aber mit ihnen am 30. Dec. d. J. als Gesetzbuch bestätigt. Vorzüglich legte man dabei die Institutionen von Cajus [3]) zum Grunde. Die reinwissenschaftliche Anordnung des Ganzen zeichnet diesen Theil der Gesetzgebung vor den übrigen aus. Auf den Inhalt gesehen, findet sich zwar Vieles darin, was sonst nirgends angetroffen wird [4]), dagegen sind aber manche wichtige Institute, wie namentlich das Pfandrecht, die Lehre von den Sponsalien, von der *dos*, *divortium*, die allgemeine Theorie von den Verträgen, die *contr. innominati* und die *restitutio in integrum* gänzlich ausgelassen.

§. 4.

Die *Editio princeps* der Institutionen ist *Moguntiae per* Petr. Schoyffer de Gernsheim 1468. f. erschienen. Ihr sind mehrere gefolgt: *Romae* 1476 [1]), *Basil.* 1478, *Venet.* 1487. f. u. s. w. Die von Gregor Haloander († 1531) Nürnberg 1529. 8. ist sehr selten. Die Ausgabe von Cujas Paris 1585. gr. 12. zeichnet sich

---

wird von Phil. Bernh. Degen erwartet, dem Verf. der Anmerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des gr. Rechtslehrers Theophilus. Lüneb. 1809.

3) Ueber den vom Hrn. Staatsrathe Niebuhr in der Bibliothek des Domcapitels zu Verona 1816 entdeckten *Codex rescriptus* vgl. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. von v. Savigny, Eichhorn und Göschen Bd. 3. S. 129 u. 289. Die Ausgabe selbst ist von Göschen besorgt und unter den Auspicien der K. A. d. Wissensch. Berlin 1820. 8. erschienen.

4) Vgl. Cuiacii Observatt. II, 38. Wieling iurisprud. restitut. II, 189.

1) Ludwig *in vita Iustiniani* (*Halae* 1731. 4.) *p.* 24. hält diese irrig für die älteste Ausgabe.

Digitized by Google

durch treffliche Lesearten aus, abgedruckt in der Handausgabe von I. Bernh. Köhler (Gött. 1772. 8.) und im Gebauer'schen *Corpus iuris* [2]). Die neueste Ausgabe ist von Fr. Aug. Biener (Berlin 1812. 8.) — Die ältesten deutschen Uebersetzungen haben Thomas Murner (Basel 1519. 4.) und Ortholphus Fuchsperger von Ditmoning (Augsb. 1536. f.) besorgt [3]). — Die berühmtesten Commentatoren über die Institutionen sind folgende: Fr. Balduinus (Baudovin) † 1573, Iac. Cuiacius † 1590, Fr. Hotomanus (Hotman) † 1590, Ianus a Costa (de la Coste) † 1675, Edm. Merillius (Merille) † 1647, Arn. Vinnius † 1657, Everard. Otto † 1756 [4]), Io. Gottl. Heineccius (Heineke) † 1741 [5]), Ludw. Iul. Fr. Höpfner † 1797 [6]).

---

2) Ueber die Manuscripte und sonstigen Ausgaben der Institut. vgl. Chr. H. Eckhard *Hermeneutica iuris ed. nova c.* C. W. Walch *Lp.* 1804. *p.* 147. *sq.* Biener in dem s. Ausg. hinzugefügten *Index Editt.* und vorzüglich hier, wie überhaupt, Spangenberg in d. Einleit.

3) Die neueste, aber nicht sonderliche Uebersetzung ist zu Lemgo 1765. 8. erschienen und von Chr. Fr. Helwing und Ioh. Albr. Herm. Heldmann verfertigt worden. (Vgl. besonders Biener in dem s. Ausg. hinzugefügten *Index versionum.*)

4) *Ed. optima c.* Io. Rud. Iselin. *Basil.* 1760. 4.

5) Ausgaben von Estor, Biener, Höpfner, Woltär und Waldeck. s. Haubold *Inst. historico-dogm.* S. 18.

6) Die siebente Auflage seines allbekannten theoretisch-practischen Commentars über die Heineccius'schen Institutionen hat A. D. Weber, Frkf. 1803—4. besorgt. (Ueber Höpfners Leben und Charakter vgl. die classische Biographie von CR. Helfr. Bernh. Wenk. Fkf. 1797. 8.)

Digitized by Google

§. 5.

2) Von den Pandekten.

Die Pandekten oder *Digesta* enthalten eine reichhaltige Sammlung von Auszügen aus den Schriften der alten (classischen) Iuristen, vorzüglich des zweiten und dritten Iahrhunderts n. Chr. Das Werk wurde aus beinahe 2000 Schriften, die von 39 Rechtsgelehrten herrührten, zusammen getragen [1]) und dabei im Ganzen die Ordnung des *Edicti perpetui* befolgt. Man hielt sich jedoch bei dieser Arbeit nicht immer strenge an den Text der Schriften, woraus man schöpfte. (*Interpolationes*, *Emblemata Triboniani* [2]). Die im I. 530. befohlene Compilation sollte Tribonian mit sechszehn unter ihm arbeitenden Rechtsgelehrten in zehn Iahren zu Stande bringen, sie waren aber schon in drei Iahren damit fertig. Ihre Arbeit wurde am 16. Dec. 533 öffentlich bekannt gemacht, aber zugleich mit den Institutionen am 30 Dec. als Gesetzbuch bestätigt. Die Pandekten bestehen im Ganzen aus 433 Titeln und 9152 Fragmenten [3]), und Iustinian selbst führt an, dafs sie beinahe 150000 *versus* enthalten [4]). — Iustinian

---

1) *Const. Tanta circa de confirm. Dig.* §. 1.

2) Io. Iac. Wissenbach *Emblemata Triboniani. Groening.* 1633. 12. *Franequ.* 1642. 8. Io. Wybonis *Tribonian. ab Emblem. Wissenbachii liberatus. Tr. ad Rh.* 1729. 4. (Beide Schriften hat Io. Gottl. Heineccius *Hal.* 1736. 8. zusammen wieder abdrucken lassen.) Chr. Fr. Ge. Meister *D. de principio cognoscendi emblem. Trib. Gött.* 1745. 4.

3) Vgl. Brunquell *hist. iuris P.* II. *c.* 3. §. 25. Die Angabe Brunquell's, dafs nur 8134 Fragm. glossirt seyen, bedarf einer Berichtigung.

4) Einige wollen unter *versus* Zeilen verstehen (*versus, quia vertitur stylus*); wahrscheinlich aber müssen Paragraphen (einzelne Sätze) darunter verstanden werden. Vgl. Calvini *Lexicon iuridic. s. v. Paragraphus.*

Digitized by Google

theilte die Pandekten in 50 Bücher und sieben Theile [5]; die Glossatoren aber in drei *Volumina: Digest. vetus s. primum.* (*Lib. I—XXIV*, 2.) *Digestum infortiatum* (*Lib. XXIV*, 3 (*soluto matrim. dos quemadm. petatur*) —*XXXVIII.*) *Digest. novum s. ultimum.* (*Lib. XXXIX* (*de operis novi nunciatione*) —*L.*) Der mittlere Theil wurde *Dig. infortiatum* genannt, weil derselbe Anfangs nur bis zu den in der Mitte des *Fr.* 82. *D. ad l. Falcidiam* (35, 2.) vorkommenden Worten *Tres partes* bekannt war und nachher durch das später aufgefundene Stück von den Worten *Tres partes* an, bis *lib. XXXVIII. incl.* ergänzt wurde [6].

§. 6.

Dafs die Ursprache der Pandekten im Ganzen die lateinische sey, hat Joh. Jeusius (Jens), ein Schulmann zu Franecker († 1755), vergebens zu bestreiten gesucht [1]. Die von ihm ausgestellte Behauptung: dafs die meisten Iuristen nach den Zeiten der Antonine griechisch geschrieben hätten, und ihre griechischen Schriften nachher in das Lateinische übersetzt wären, hat durch die blo-

---

5) Vgl. c. 2. §. 1. c. 3. §. 1. C. 1, 17. „*et in septem eos disponentes tractatus: idque non perperam, neque sine ratione, sed ad numerorum naturam et harmoniam respicientes.*“ Die sieben Theile enthalten folgende einzelne Bücher: *Pars* I. *Lib.* 1—4. (τὰ πρῶτα), *P.* II. *L.* 5—11. *P.* III. *L.* 12 — 19. (μέσον τοῦ παντὸς, *Umbilicus Pandectar.*) *P.* IV. *L.* 20—27. *P.* V. *L.* 28—37. *P.* VI. *L.* 38—44. *P.* VII. *L.* 45—50.

6) Chr. Gottl. Heyne *notatio corp. iuris glossati Mspti* (*in Opusc. academ.* II, 315.) Hugo civilist. Magaz. III, 183. V, 1.

1) Vgl. dessen *ampliata demonstr. Pandectas nunc exstantes ex versione graeca esse traiectos*, in den *Stricturis ad Romani iuris Pandectas et Codicem. Rotterod.* 1737. 4. *ib.* 1749. *et* 1754. 4.

Digitized by Google

sen hier und da aufgesuchten Gräcismen ganz und gar nicht erwiesen werden können. Die einzelnen im *Corpus iuris* vorkommenden griechischen Stellen hat zuerst Ioannes Burgundius oder Burgundio aus Pisa († 1194) übersetzt [2]). — Die Latinität der Iuristen, aus deren Schriften Fragmente in die Pandekten gekommen sind, richtet sich zwar nach den verschiedenen Zeiten, worin sie lebten, aber im Ganzen hat sich die Reinheit des Styls bei ihnen am längsten erhalten [3]). Der Inhalt der Fragmente selbst zeichnet sich durch Präcision und Consequenz in hohem Grade aus, und schon Leibnitz bemerkt, dafs die römischen Iuristen aus diesem Grunde den gröfsten Mathematikern an die Seite gestellt zu werden verdienen [4]).

---

2) Pancirolus *de claris legum interpretib.* II, 15. Haubold *inst. iuris Rom. litterariae.* p. 34. — Vgl. Leop. Andr. Guadagni *ad Graeca Pandectar. Dissertatt. Pisae* 1786. 4.

3) Laurentius Valla *in Elegantiis latinae linguae Lib.* III. *Prooem.* sagt: „*Perlegi proxime quinquaginta Digestorum libros ex plerisque Iurisconsultorum voluminibus excerptos, et relegi cum libenter, tum vero quadam cum admiratione. Primum, quod nescias utrum diligentia an gravitas, prudentia an aequitas, scientia rerum an orationis dignitas praestet, et maiori laude digna esse videatur. Deinde, quod haec ipsa ita in unoquoque illorum omnia sunt egregia et perfecta, ut vehementer dubites quem cui praeferendum putes.*“ Vgl. überhaupt Car. Andreas Ducker *de latinitate ICtor. Hag.* 1711. *Traj. ad Rhen.* 1761. *Lp.* 1773. 8. Ge. Casp. Kirchmaier *Opusc. VI. de latinit. Digestor. et Institution. Iustiniani. Collegit et praefatus est* Ge. Sam. Madihn. *Hal.* 1772. 8.

4) Vgl. Leibnitii *Opera Vol.* IV. *P.* 3. *p.* 267. „*Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Iureconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis.*“ und *Epist. P.* IV. *nr.* 19. „*Ego Digestorum opus, vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive ratio-*

Digitized by Google

§. 7.

Unter allen Handschriften, die wir von den Pandekten besitzen, ist die Florentinische (*Codex Pisanus s. Florentinus*) die älteste und vorzüglichste. Höchstwahrscheinlich ist dieser Codex aus Griechenland nach Pisa und von da im J. 1411 bei der Unterwerfung Pisa's unter das Florentinische Gebiet nach Florenz gekommen. Das Alter fällt, nach der Scriptur und Form der Buchstaben zu urtheilen, in den Anfang des 7ten, oder höchstens in das Ende des 6ten Jahrhunderts. Die darin, wiewohl selten, befindlichen Siglen, die Fehler und Lücken beweisen hinlänglich, dafs es nicht zu Iustinian's Zeit geschrieben oder Tribonian's Ἀρχέτυπον gewesen ist [1]). Diese wichtige Handschrift wurde zuerst von Angelus Politianus († 1494) und Ludov. Bolognínus († 1508) verglichen und benutzt. Hierauf veranstaltete Gregor Haloander (Hoffmann) († 1531) aus Zwickau in Sachsen, unterstützt durch Iulius Pflugk, Bischoff zu Naumburg, eine kritische Ausgabe der Pandekten, legte dabei Bolognin's Collationen zum Grunde, folgte aber auch häufig seinen eigenen Coniecturen. (*Editio Haloandrina s. Norica.* Nürnberg 1529. III *Volum.* 4.) Nicht lange nachher liefs der berühmte Grofsherzog von Florenz Cosmus von Medicis durch seinen Canzler Lälius Taurellus (Lelio Torelli) († 1576.) eine vollständige und reine Vergleichung des Florentinischen Manuscriptes vornehmen, welche von dessen Sohne Franz Torelli dem Druck übergeben wurde. (*Editio Florentina.* Florenz 1553.

---

num acumen sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudes."

1) Henr. Brencmann *Historia Pandectarum s. Fatum Exemplaris Florent. Traj. ad Rh.* 1722. 4. — Die neueste Nachricht darüber s. in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. II. S. 271.

Digitized by Google

III *Vol.* fol.) [2]) Eine ganz neue Collation unternahm endlich Heinrich Brenkmann (geb. 1684. gestorben 1536.), und die von ihm vorbereitete Ausgabe erschien nach seinem Tode in dem ersten Theile des Gebauer-Spangenberg'schen *Corpus iuris* [3]). — Ausser den mehr oder minder auf das Florentinische Manuscript gegründeten Ausgaben sind aber noch folgende *Editiones principes* oder Incunabeln zu bemerken: *Digestum vetus*, *Perusiae per* Henr. Clayn 1476. f. *Digest. infortiatum*, *Romae per* Vitum Pücher [4]) 1743. f. *Dig. novum*, *Romae per eund.* 1476. f. — Die wichtigsten Commentatoren sind: Fr. Duarenus † 1559, Iac. Cuiacius † 1590, Ant. Faber (Favre) † 1624, Io. Brunnemann † 1672, Io. Voetius † 1714, Gerard Noodt † 1725, Augustin von Leyser † 1752, Rob. Ios. Pothier † 1772. (Der neueste und vollständigste Commentar bekanntlich von unserm Herrn geheimen Hofrath Glück, bis jetzt

---

2) Zugleich mit Torelli nahm Anton. Augustinus (Agustin † 1586.) noch eine Vergleichung des Florent. Mscptes vor, die Resultate derselben sind in seinen *libris emendationum* 1543. bekannt gemacht. s. Ottonis *Thesaur. T.* IV. Die auf Torelli folgenden Herausgeber der Pandekten, namentlich Ludov. Russardus (Lugd. 1561. fol.) Iulius Pacius (*Atreb.* 1580. f.) Lud. Charondas (*Antwerp.* 1575. f.) und Anton. Contius (Lugd. 1571. 1581 12.) legten vorzüglich die Torellische Vergleichung zum Grunde. (Ueber die Eintheilung der Ausgaben nach den Lesearten in *Florentinas* und *vulgatas* vergl. Thibaut Versuche Bd. I. nr. 14. von Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalter Bd. 2. S. 147. Spangenberg Einleit. S. 425.)

3) Ge. Christ. Gebauer *narratio de Henr. Brencmanno, de MSS. Brencmannianis. de suis in corpore iuris civilis conatibus et laborib. Goett.* 1764. 4.

4) Weis (*hist. Novell. p.* 4.) nennt ihn unrichtig Pürcher.

Digitized by Google

22 Bde.) Ausserdem verdienen die Lehrbücher von Corn. van Eck † 1732, Io. Ortwin Westenberg † 1737, Io. Gottl. Heineccius † 1741. und Iust. Henning Böhmer † 1748 eine ausgezeichnete Erwähnung.

§. 8.

3) Vom Codex repetitae praelectionis.

Schon im J. 529 wurde eine Sammlung der kaiserlichen Verordnungen von Hadrian bis auf Iustinian bekannt gemacht, wobei man als Quellen vorzüglich die drei frühern *Codices*, den Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen benutzte; da sich aber dabei späterhin bedeutende Mängel zeigten, so befahl Iustinian eine neue Ausgabe desselben (*Codex repetitae praelectionis*) zu veranstalten, worauf der alte Codex aufgehoben wurde und in der Folge ganz verloren gieng. — Der neue aus 12 Büchern und 758 Titeln bestehende Codex ward am 16. November 534 als Gesetzbuch publicirt. Die Sammlung wurde besorgt von Tribonian, Dorotheus, Menna, Constantinus und Ioannes [1]; sie lieferten jedoch die einzelnen Verordnungen nicht immer in ihrem vollständigen Zusammenhange, sondern oft abgekürzt, zerstückelt und interpolirt. Auch die Inscriptionen und Subscriptionen sind oft unrichtig angegeben, daher sich nicht immer ein sicherer Schlufs auf den Verfasser und das Alter einer Constitution daraus herleiten läfst. Uebrigens hatte der Codex im Mittelalter, weil darin sehr Vieles zum Vortheil des Clerus verordnet war, ein gröfseres Ansehen als die Pandekten. — Wir besitzen vom Codex keine so alte und vollständige Handschrift als von den Pandekten [2]. Unter den Ausgaben zeichnet sich aber die

1) *Const. Cordi nobis de emend. Cod. Iustinian.* §. 2. 3.

2) Ueber die Handschriften vgl. Eckhard *hermen. iuris ex ed.* Walch *p.* 155. Schrader Abhandl. aus d. Civilrecht. Bd. I. S. 287. Spangenberg S. 547. Glück Einleit. §. 66.

Digitized by Google

der neun ersten Bücher *Mogunt. ap.* Petr. Schoyffer de Gernsheim 1475. und der drei letzten Bücher in dem *Volum. parvum Rom. per* Vit. Pücher 1476. f. aus. Ferner von Gregor Haloander Nürnb. 1530. f., von Ant. Contius Paris 1562. f., von Lud. Russard Antwerp. 1565. f. und von Lud. Charondas Ebendas. 1576. f. Die von Contius enthält im Ganzen wohl die besten Lesearten. — Unter den Commentatoren verdienen besonders genannt zu werden: Iac. Cuiacius, H. Donellus, Io. Sichardus † 1552, Petr. und Fr. Pithoëus (Pithou) † 1596. 1621, Hub. Giphanius (Giffen) †. 1604, Ant. Perez † 1653, Io. Iac. Wissenbach † 1665, Cyprian Regner. ab Oosterga † 1687. u. s. w.

§. 9.

Unter den neuern Verordnungen, welche in die zweite Ausgabe des Codex aufgenommen wurden, befinden sich auch die so genannten 50 Entscheidungen Iustinian's (*quinquaginta Decisiones*), wodurch Iustinian die wichtigsten jener Controversen entschied, auf welche man bei der Compilation der Pand. in den Schriften der alten Rechtsgelehrten gestosen war [1]). Nach dem berühmten Citirgesetz Valentinian III. v. J. 426 sollte es bei den Controversen der alten Iuristen auf ein bloſses Stimmenzählen der fünf mit einem besondern Vorzuge versehenen Iuristen Papinianus, Paulus, Ulpianus, Cajus und

1) Edm. Merillius *Expositiones in L. Decisiones imp. Iustin. Paris.* 1618. 4. *et in Opp. Neap.* 1720. *T.* II. *p.* 1. *sq.* Guil. Ludwell D. *de quinquag. Decisionib. adiecta eius Exercitatt. ad Inst.* Alt. 1663. 4. Io. Strauch *Comment. in L. Decis. Giess.* 1676. 4. (unvollendet) — Sonstige Litteratur s. in Haubold *Institutt. historico-dogm.* §. 240. Ein genaues Verzeichniſs findet sich in Wieling *Iurispr. rest. p.* 144. *sq.*

Digitized by Google

Modestinus ankommen. Diese Verordnung hörte aber auf, da Iustinian die Pandekten aus den Schriften der classischen Iuristen überhaupt excerpiren liefs und dadurch diese Schriften selbst antiquirt wurden. — Die äussern Merkmale der 50 Entscheidungen bestehen darin, dafs sie in den Jahren 530 — 532 erlassen sind. Die Inscriptionen enthalten den Namen Iustinian's und der *Praefecti Praetorio* Ioannes und Iulianus, an welche sie gerichtet sind. Die Subscriptionen beziehen sich entweder auf das Consulat von Lampadius und Orestes, oder auf die beiden Jahre *post consulatum L. et O.* [2]) Diese äussern Merkmale entscheiden jedesmal, und es kann daher, wenn sie fehlen, eine sonst, ihrem Inhalte nach, die Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage enthaltende Verordnung nicht zu den 50 Entscheidungen gezählt werden [3]).

§. 10.

Ausserdem kommen noch die in dem Codex befindlichen Authentiken in Betracht [1]), welche bekanntlich Auszüge aus den Novellen und aus den auf den Römerzügen der Kaiser Friedrich des ersten und zweiten erlassenen Verordnungen [2]) enthalten. Sie wurden den Constitutionen des Codex, welche dadurch aufgehoben oder verändert sind, von den Glossatoren hinzugefügt und erhielten

2) Vgl. z. B. *c.* 10. 11. *C.* 6, 26. *c.* 20. 21. *C.* 6, 30. *c.* 31. *C.* 6, 42. *c.* 19. *C.* 6, 50.

3) Vgl. z. B *l. ult. C.* 5, 60. *c.* 12. *C.* 8, 38.

1) Fr. Ang. Biener *hist. Authenticar. Codici repet. prael. et Institutionib. Iustiniani insertarum. Lips.* 1807. Die sonstige Literatur, insonderheit die Streitschriften zwischen Bynkershoek und Pagenstecher *de auctore auctoribusve Authentic.* s. bei Haubold a. a. O. S. 390. Note *d.*

2) Vgl. z. B. *Auth. Habita C.* 4, 13. *Auth. Sacram. puberum C.* 2, 28.

Digitized by Google

mit dem Justinianeischen Rechte überhaupt gesetzliches Ansehen. Die Glossatoren nannten die nicht lange nach Justinian's Tode verfertigte vollständige lateinische Uebersetzung der Novellen, deren Verfasser unbekannt ist, *interpretatio authentica*, *authenticae* und *corpus authenticum*, im Gegensatze zu dem nicht sehr gedrängten lateinischen Auszuge, den Julian, Antecessor zu Constantinopel, gleichfalls bald nach Justinian's Tode um das Jahr 570 aus 125 oder, nach andern Ausgaben, aus 128 Novellen, mit Weglassung der weitläuftigen Prologen und Epilogen gemacht hatte. Jene vollständige unter dem Namen Authentiken bekannte Uebersetzung, die weder zierlich noch treu war, wurde späterhin von den Glossatoren in 9 Collationen getheilt und ist die in unserm *Corpus iuris* befindliche *versio vulgata*. In der Folge der Zeit verlor sich der Name Authentiken für die Novellen selbst, und man nannte nun die oben erwähnten Auszüge Authentiken, zum Unterschied von den eigentlichen Glossen. — Es giebt überhaupt 210 Authentiken aus den Novellen und 15 aus den Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und II. Jene rühren von dem Glossator Irnerius, diese von spätern Lehrern zu Bologna her. — Auch in den Institutionen kommen Authentiken vor, die aus den Novellen selbst und nicht aus den Authentiken des Codex genommen sind [3]).

§. 11.

4) Von den Novellen.

Die Novellen oder der letzte Hauptbestandtheil der Justinianeischen Legislation sind, wie ihr Name schon sagt, neuere Verordnungen (*novellae constitutiones*, *νεαραὶ*

3) S. von Savigny in Hugo's civilist. Magazin Bd. 3. S. 282. Cujas hat sie, wie von Löhr richtig bemerkt hat, bereits in seiner Ausg. d. Instit. von 1585 abdrucken lassen.

Digitized by Google

διατάξεις), Zusätze und Berichtigungen des bisher bekannt gemachten Rechtes enthaltend. Es giebt überhaupt 168 Novellen, die gröfsten Theils von Justinian herrühren [1]) und ursprünglich in griechischer Sprache geschrieben sind [2]); nach der richtigen Meinung sind aber nur 96 glossirt [3]). Bekanntlich gilt *in foro* nicht der griechische Text [4]) der Novellen, sondern die nicht lange nach Justinian verfertigte *versio vulgata*, welche von den Glos-

---

1) Nov. 140. 144. und nach Cujas auch die Nov. 149. sind von Justin dem Jüngern, Nov. 161. 163. 164. von Tiber publicirt; die Novellen 166. 167. 168 sind Edicte, die von den *praefecti praetorio* (ἔπαρχοι) herrühren.

2) Einige erschienen gleich Anfangs lateinisch, nemlich Nov. 9. 11. 23. 62. 145. 150; einige griechisch und lateinisch, wie Nov. 17. 18. 32. 34, die übrigen alle griechisch. Vgl. Aem. Lud. Hombergk zu Vach *Diatribe de Novellar. constitutt. imp. Justin. lingua originaria.* (Abgedruckt in Zepernick *delectus scriptor. Novellas Justiniani imp. earumque historiam illustrantium. Hal.* 1783. 8. p. 177. fg.)

3) Die nicht glossirten Novellen sind folgende; Nov. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110—121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168. Vgl. Cramer Beiträge zur Gesch. der Novellen in Hugo's civilist. Magazin Bd. 3. S. 26. fg. u. S. 113. fg. und Desselben *Analecta literaria ad histor. Novellar. Justin. imp. Kil.* 1794. — Philipp Friedr. Weis († 1808.) *hist. Novellar. literaria Partic.* 1. *Marb.* 1800. 4. (ist leider unvollendet geblieben.)

4) Ausgaben: von Greg. Haloander *Norimb.* 1531. f. mit den Supplementen von Heinr. Agyläus *Colon.* 1560. 8. von Joh. Herwag *Basil.* 1541. f. von H. Scrimger *sine loco* (nach Haubold [*Inst. historico-dogm.* p. 12.] *Genevae*, nach Andern *Parisiis*) 1558. f. von Ant. Contius zuletzt *Lugd.* 1581.

Digitized by Google

satoren in neun sogenannte Collationen getheilt wurde 5). Jede Collation enthält mehrere Titel, von denen jeder in der Regel eine einzelne Novelle enthält. Die vorzüglichsten Ausgaben der *versio vulg.* finden sich in dem *Volum. parvum*, *Romae per Vitum Pächer* 1476. f. *Venetiis per Jacob. rubeum Gallicum* 1477. f. *Mogunt. per Petr. Schoyffer de Gernsheim* 1477. f. Die beste lateinische Uebersetzung ist von Joh. Friedr. Hombergk zu Vach († 1748) Marburg 1717. 4. — Als ausgezeichnete Commentatoren verdienen genannt zu werden: Fr. Balduinus, Jac. Cujacius, Henr. Agylaeus † 1595, Conr. Rittershusius † 1613. u. m. A.

Was ausser den Novellen noch in dem s. g. *Appendix corporis iuris* vorkommt, hat kein gesetzliches Ansehen, namentlich nicht 1) die *tredecim edicta Justiniani*, welche ursprünglich in griechischer Sprache erschienen und von Heinrich Scrimger in dessen Ausgabe der Novellen zuerst herausgegeben und von H. Agyläus übersetzt sind 6). — 2) Die Novellen K. Leo's aus den Jahren 887 — 891. Auch sie sind erst in der Scrimger'schen Ausgabe der Novellen bekannt gemacht und von Heinr. Agyläus übersetzt worden 7). Die im Anhange noch vorkommenden *libri feudorum* wurden schon von den Glossatoren als *decima collatio Novellarum* betrachtet 8).

5) Schon unter Iustinian scheint eine solche Sammlung zu Stande gekommen zu seyn. Vgl. Aem. Ludov. Hombergk zu Vach *Schedula de collect. Novellar. a Iustiniano facta. Marb.* 1741. und in Zepernick *delectus p.* 296 sq.

6) Hier. Gottl. Kind Diss. I — III. *de XIII. Iustiniani Edictis. Lips.* 1793 — 1811. 4.

7) Casp. Achat. Beck *de Novellis Leonis Philosophi lib. singularis* ed C. Fr. Zepernick. *Hal.* 1779. 8.

8) Vgl. Hagemann Einleitung in das Lehenrecht §. 66 — 68. 83. 84.

Digitized by Google

Zweites Capitel.
Von dem gegenseitigen Verhältnifs und der Interpretation der Quellen.

§. 12.
I) *Von dem gegenseitigen Verhältnifs der Quellen.*

(Chr. Ghelf. Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des römischen Rechts. Leipz. 1801. nr. 5. S. 8 — 14.

Franz Schoeman Handb. des Civilrechts Bd. I. nr. 1.

A) im Allgemeinen.

Die Novellen gehen allen übrigen Theilen des Justinianeischen Rechts vor, und unter ihnen selbst gebührt jederzeit der jüngsten der Vorzug. Es gilt also hier der bekannte Grundsatz: *lex posterior derogat priori* [1]) ohne Ausnahme, weil, wenn man das Zeitverhältnifs nicht berücksichtigen wollte, bei den häufig einander aufhebenden und sich geradezu widersprechenden Novellen gar kein Mittel der Vereinigung übrig bleiben würde [2]). Die Authentiken können dem Codex nur in sofern derogiren, als sie mit ihrer Quelle übereinstimmen; es müfste denn seyn, dafs die von der Novelle abweichende Authentik durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch ein gröfseres

1) Fr. 4. D. 1, 4. „*Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt.*“

2) Vgl. z. B. Nov. 22. c. 14. mit Nov. 117. c. 11, ebenso Nov. 18. mit Nov. 115.

Digitized by Google

Ansehen, als die Novelle selbst erhalten hätte [3]). — Ob der *Codex repetitae praelectionis* den Pandekten vorgehe, ist zwar aus dem Grunde bestritten, weil die einzelnen darin enthaltenen Constitutionen gröfstentheils älter sind, als die 533 erfolgte Promulgation der Pandekten; nach der richtigern Meinung mufs aber dem Codex unbedingt der Vorzug eingeräumt werden, da es auf das Alter der ganzen Sammlung ankommt, die durch Justinian's Veranstaltung als ein grofses Gesetz zu betrachten ist [4]). — Bei den gleichzeitigen Pandekten und Institutionen kann in der Regel von gar keinem Vorzuge die Rede seyn [5]), es müfste denn entweder geradezu ein Irrthum oder Fehler nachgewiesen werden können, in welchem Falle der Satz zur Anwendung kommt: *decisio fiat contra errorem et negligentiam* [6]); oder es müfste sich beweisen lassen, dafs Justinian eine Pandektenstelle absichtlich in den Institutionen geändert habe [7]).

---

3) So geht z. B. *Auth. Bona damnator.* C. 9, 49. der Nov. 134. *in f.* und *Auth. Sed iudex* C. 1, 3. der Nov. 123. c. 7. vor. Vgl. Io. Iac. Scherz in *D. de Authenticar. auctorib. et auctoritate*, in Zepernick *Biga libell.* p. 31. sq.

4) Einige, namentlich Edm. Merillius in *proleg. ad Exposit. L. decision.*, wollen blofs den funfzig Entscheidungen den Vorzug vor den Pandekten einräumen.

5) Hufeland Lehrb. d. gem. Civilrechts Bd. I. §. 63. Anderer Meinung ist Haubold *in praecognitis* §. 16. „*Institutionibus omnino cedunt Digesta, quia non solum ante illas composita sunt, sed etiam mera alienorum operum fragmenta exhibent, quum e contrario in Institutionibus ipse Iustinianus loquatur.*“

6) Merkwürdige Beispiele finden sich im §. 25. *I.* 2, 1. vgl. mit *Fr.* 7. §. 7. *in f. D.* 41, 1. und im § 31. *I. eod.* vgl. mit *Fr.* 7 §. 13. *D.* 41, 1.

7) Vgl. *Fr.* 23. §. 3. *D.* 6, 1. mit §. 34. *I.* 2, 1.

Digitized by Google

§. 13.

B) insbesondere bei einzelnen sich widersprechenden Stellen.

Wenn sich einzelne Stellen der Institutionen, oder der Pandekten, oder des Codex widersprechen, so sind über die Ausgleichung einer solchen Collision die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr getheilt. Nach Thibaut [1]) soll es in diesem Falle für die Juristen kein Princip geben, wonach der Vorrang zu bestimmen wäre. Viele Rechtsgelehrte sind aber anderer Meinung, und wollen, was die Pandekten betrifft, unbedingt das vom jüngsten Juristen herrührende Fragment, was den Codex, die Constitution des jüngsten Kaisers vorziehen [2]). Thibaut's Ansicht scheint aber die richtige zu seyn. Bei dem Codex sowohl, als bei den Pandekten hat nemlich Justinian seinen ausdrücklichen Willen zu erkennen gegeben, dafs die in der Sammlung enthaltenen Constitutionen als ein grofses Gesetz in Betracht kommen sollen [3]), und es mufs daher Alles, ohne auf die Zeitverschiedenheit der einzelnen Constitutionen weiter Rücksicht zu nehmen, eine gleichmäfsige Gültigkeit behaupten, ausser wenn etwas offenbar nur des historischen Zusammenhanges wegen stehen geblieben seyn sollte [4]). Bei den Institutionen

---

1) System des Pandektenrechts §. 35.

2) Vgl. Hübner Berichtigungen u. Zusätze zu den Inst. des r. R. S. 14. Schöman Handb. des Civilrechts Bd. I. S. 4. Glück Einleit. in d. röm. Privatrecht S. 292.

3) *Const. Tanta circa de confirm. Digestor.* §. 10—13. 19. *c.* 3. §. 20. *C.* 1, 17. „*Omnibus sane hic positis unum ordinem et dignitatem parem dedimus: nulli culpiam maiore, quam caeteris, data praerogativa.*“ Nov. CXVIII. *in praef.* vergl. mit *c.* 12. §. 1. *C.* 1, 14.

4) Vgl. z. B. Cod. 7, 31. (*de usucapione transformanda.*) mit 7, 33. (*de praescr. longi temporis decem vel viginti annorum.*)

Digitized by Google

läfst sich ohnehin kein Grund der Verschiedenheit des einen Paragraphen von dem andern annehmen, und bei den Pandekten kann das Zeitalter der einzelnen Juristen, aus deren Schriften die Fragmente genommen sind, schon defshalb nichts entscheiden, weil diese Juristen eigentlich und ursprünglich doch nur Privatpersonen waren [5]), und weil sich das Alter des Inhaltes des Fragmentes selbst aus dem Alter des Juristen, von dem es entlehnt ist, noch keineswegs ergiebt [6]).

§. 14.

II) *Von der Interpretation.*

Val. Forster *de iuris interpretat.* (*in Ottonis Thes. T.* II.) — Fr. Rapolla *de ICto s. de rat. discendi interpr. iur. civ. Neap* 1726. 8. übersetzt mit Noten von Griesinger. Stuttgard 1792. 8. — Chr. H. Eckhard *hermeneutica iuris. Ien.* 1750. *c.* C. Fr. Walch. *Lps.* 1779. *c.* C. W. Walch. *Lps.* 1802. 8. — H. G. Wittich *princ. et subsidia hermen. iuris. Gött.* 1799. — Thibaut Theorie der logischen Ausl. des röm. R. Altona 1799. n. Aufl. 1806. 8. (vgl. dessen Versuche Th. I. n. 13.) — I. G. Sammet Herm. des r. R. herausgeg. von F. G. Born. Lpz. 1801. 8. — G. S. Teucher *de natura et formis interpr. et Herm. civ. observ. Sp.* 1. *et* 2. *Lips.* 1804. 4. — K. S. Zachariä Vers. einer allg. Herm. d. R. Meissen 1805. 8.

A) Begriff und allgemeine Grundsätze.

Der gewöhnliche Begriff: Interpretation sey Erklärung eines dunkeln Gesetzes, ist eben so unpassend, als

---

5) s. Konopak Institut. §. 60. Note *b*.

6) Es kann z. B. daraus, dafs Javolenus jünger ist als Celsus, nicht gefolgert werden, dafs des erstern Meinung in dem *Fr.* 39. *D.* 31. den Vorzug vor der Meinung des letztern im *Fr.* 79. §. 2. *D.* 32. haben müsse, weil Niemand dafür stehen kann, dafs nicht, was Javolen behauptet, schon ein älterer Iurist vor Celsus behauptet hat, so dafs eigentlich die Meinung von Celsus die neuere ist.

Digitized by Google

die vielen Eintheilungen, welche man anzugeben pflegt. Dunkelheit ist an und für sich etwas Relatives, und oft bedürfen gerade die Gesetze, welche am wenigsten dunkel scheinen, vor allen andern eine Interpretation [1]). Richtiger und bezeichnender dürfte folgender Begriff seyn: es ist die Handlung, wodurch der vom Gesetzgeber ausgesprochene Sinn des Gesetzes aus den gegebenen Ausdrücken und Worten untersucht und entwickelt wird. (Reconstruction des vom Gesetzgeber normirten Gedankens, in sofern dieſs aus dem Gesetz selbst möglich ist.) Der Interpret muſs daher den Text, das unmittelbar Gegebene, in seiner möglichsten Reinheit zu gewinnen suchen, weil es sonst nicht möglich ist, den Gedanken des Gesetzgebers aus dem wörtlichen Inhalte der gegebenen Norm zu erkennen und darzustellen. Jenes geschieht nun aber theils durch Vergleichung von Handschriften und Auswahl der besten und richtigsten Lesearten (diplomatische, niedere Kritik), theils durch Conjecturen und Emendationen (höhere Kritik). Die niedere Kritik ist unstreitig sehr erlaubt und zweckmäſsig, dagegen aber die höhere nur im gröſsten Nothfalle zu gebrauchen [2]). Die gehörig ausgemittelten Worte des Gesetzes müssen übrigens nach dem gemeinen Sprachgebrauche der Zeit genommen werden, in welcher das Gesetz gegeben ward [3]), und einzelne Sätze dürfen nicht aus dem Zusammenhange

---

1) Vgl. *Fr.* 1. §. 11. *D.* 25, 4. „*Quamvis sit manifestissimum edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius.*“

2) von Feuerbach Grundlinien zu einer Theorie der juristischen Kritik; in dessen civilistischen Versuchen. Giessen 1803. I, 3.

3) arg. *Fr.* 69. *D.* 32.

Digitized by Google

herausgerissen werden [4]). Bei zweideutigen Ausdrücken ist die der Natur der Sache und dem Geiste des Gesetzes am meisten angemessene Bedeutung vorzuziehen [5]); der deutlich ausgesprochene Inhalt des Gesetzes darf jedoch nicht unter dem Vorwande einer gewöhnlich nur sehr schwankenden Billigkeit umgangen werden [6]).

§. 15.

B) Eintheilungen.

1) authentische, usuelle und doctrinelle Interpretation.

Gewöhnlich theilt man die Interpretation in authentische, usuelle und doctrinelle. Genau betrachtet kann aber nur von der letztern die Rede seyn. Was nemlich zunächst die authentische oder vom Gesetzgeber selbst ausgehende Interpretatiou betrifft, so ist zu unterscheiden: entweder interpretirt der Gesetzgeber als solcher, d. h. er nimmt eine ändernde Bestimmung vor, die jedem Andern nicht erlaubt gewesen wäre; alsdann ist dieses eigentlich keine Interpretation, sondern eine rein gesetzliche Bestim-

---

4) „*Incivile enim est, nisi tota lege perspecta, una particula eius proposita, iudicare vel respondere.*“ *Fr.* 24. *D.* 1, 3. vergl. *c.* 12. *C.* 1, 12.

5) „*Quotiens idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.*“ *Fr.* 67. *D.* 50, 17. — „*Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.*“ *Fr.* 18. *D.* 1, 3. *Fr.* 56. 90. 155. §. 2. *D.* 50, 17.

6) „*Lex dura quidem est, sed ita tamen scripta.*“ *Fr.* 12. §. 1. *D.* 40, 90. — „*Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis (soli imperatori) et oportet et licet inspicere.*“ *c.* 1. *C.* 1, 14.

Digitized by Google

mung [1]); oder er interpretirt wie jeder Andere auch es gethan habe nwürde; dann ist die vom Gesetzgeber ausgehende Interpretation der Sache nach nicht von einer sonstigen doctrinellen verschieden. Auch bei der so genannten usuellen Interpretation, die durch einen angenommenen Gerichtsgebrauch entstehen soll, läfst sich nur die Alternative denken: ob entweder die Interpretation nach richtigen Grundsätzen geschehen ist, oder nicht. Im ersten Falle ist wieder kein Unterschied von einer richtigen doctrinellen Interpretation vorhanden; im andern Falle aber versteht es sich von selbst, dafs die durch den Gerichtsgebrauch entstandene falsche Ansicht niemals als Gesetz befolgt werden darf.

§. 16.

2) logische, grammatische und historische Interpretation.

Der Interpret mufs natürlich mit allen zur Auslegung des Gesetzes nöthigen Kenntnissen ausgerüstet seyn und daher nicht blofs logisch zu Werke gehen, sondern auch, wenn es nöthig ist, grammatisch und historisch. Auf diese eigentlich blofs subjectiven Eigenschaften des Interpreten hat man die Eintheilung der Interpretation selbst in logische, grammatische und historische gegründet. Es leuchtet aber von selbst ein, dafs in den meisten Fällen das Verfahren zugleich logisch, zugleich grammatisch und zugleich historisch seyn mufs; logisch, um den im Gesetz ausgesprochenen Gedanken aus sich selbst, so wie er entstanden ist, gehörig entwickeln zu können; grammatisch, weil es nicht möglich ist, ein

1) Hierauf bezieht sich der bekannte in der *c.* 12. *C.* 1, 14. ausgesprochene Grundsatz; „*tam conditor quam interpres legum solus Imperator iuste existimabitur.*“

Digitized by Google

Gesetz seinem Inhalte nach zu reconstruiren, wenn man die Sprache nicht kennt, in welcher dasselbe geschrieben ist; endlich historisch, oder — wie Einige lieber wollen — politisch, weil von den besondern Umständen des Staates zu der Zeit, wo der legislatorische Wille erklärt wurde, oft einzig und allein der wahre Sinn des Gesetzes abhängt.

§. 17.

3) extensive, restrictive und declarative Interpretation.

Gewöhnlich theilt man endlich noch die Interpretation in extensive, restrictive und declarative; da aber der Interpret das Gesetz so nehmen muſs, wie es gegeben ist, und nichts willkührlich hinzuthun oder wegnehmen darf, so kann eigentlich nur von einer declarativen Interpretation die Rede seyn. Der nicht objectiv ausgesprochene Grund eines Gesetzes läſst sich nur äusserst selten mit einleuchtender Gewiſsheit angeben, da gewöhnlich bei jeder gesetzlichen Norm eine Stufenfolge von Gründen Statt finden kann, die bald allgemeiner, bald specieller sind, und der Interpret also durch Unterschiebung eines Grundes leicht Gefahr läuft, willkührlich etwas in das Gesetz hineinzutragen und die wahre Absicht des Gesetzgebers zu verfehlen [1]). Selbst von dem objectiv ausgesprochenen Grunde des Gesetzes darf kein practischer Gebrauch gemacht werden, wenn derselbe wegen individueller und ausserordentlicher Eigenschaften eines gewissen Subjectes nicht paſst, weil der Gesetzgeber immer nur die gewöhnli-

1) „*Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest; et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*“ *Fr.* 20. 21. *D.* 1, 3.

Digitized by Google

chen Verhältnisse berücksichtigen kann [2]). Von einer extensiven und restrictiven Interpretation kann daher genau betrachtet keine Rede seyn, und es wird auch im römischen Rechte ein solches Verfahren keineswegs gebilliget [3]). Dagegen aber ist das Verfahren durch Analogie, im Fall die Gesetzgebung über einen einzelnen Punct schweigt, eben so nothwendig als erlaubt, weil nicht alle Fälle einzeln in der Gesetzgebung aufgezählt seyn können [4]) und weil dabei die Gesetzgebung gleichsam aus sich selbst ergänzt wird. Das Verfahren durch Analogie tritt nemlich ein, wenn man entweder aus einem in der Gesetzgebung schon unmittelbar ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze entscheidet, oder einen solchen dadurch in der Gesetzgebung aufzufinden sucht, dafs man den gesetzlich unentschiedenen Fall mit andern verwandten und ähnlichen Fällen vergleicht, die in der Gesetzgebung entschieden sind, und so, gleichsam durch die Gesetzgebung selbst geleitet, sich eine Entscheidungsnorm bildet [5]).

---

2) Vgl. *Fr.* 3—6. *D.* 1, 3. „*Quod semel aut bis existit praetereunt legislatores.*“ Ein Unmündiger ist z. B. immer unfähig ein gültiges Testament zu machen, sollte auch der gesetzliche Grund: *quia nullum eius animi iudicium est*, §. 3. *I.* 2, 12. zufällig bei ihm nicht eintreten.

3) Man beruft sich zwar auf *Fr.* 17. *D.* 1, 3: „*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*“ Durch das *verba tenere* wird aber nur gesagt, dafs man nicht dem blofsen Buchstaben ankleben, sondern den wahren directen Ausspruch des Gesetzes befolgen soll. Vergl. *Fr.* 29. 30. *D.* 1, 3. c. 5. *C.* 1, 14. Schoeman Handb. Bd. 1. S. 113.

4) *Fr.* 10—12. *D.* 1, 3: „*Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit ea, quae plerumque accidunt contineri.*“

5) Vgl. *Fr.* 13. 32. *D.* 1, 3. Io. Phil. Slevogt *de argumentis legum cante formandis. Ien.* 1754. 4. Thibaut Theorie der logischen Auslegung §. 28.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Von der systematischen Behandlung des Iustinianeischen Privatrechts.

§. 18.

Obgleich im 16ten Jahrhundert gewöhnlich noch die alte von den Glossatoren herrührende Methode, den Text der römischen Rechtsbücher selbst von Titel zu Titel exegetisch zu erläutern befolgt wurde: so zeichneten sich doch schon in dieser Zeit in Frankreich Fr. Connan [1] (geb. zu Paris 1508, gest. daselbst d. 1. Sept. 1551.) und Hugues Doneau [2] (geb. zu *Chalons sur Saone* 1527,

1) Vgl. Lud. Regii *Epist. ad Fr. Olivarium scr. Cathalauni Cal. Maiis* 1552. (den Commentarien vorgedruckt.) Ant. Terrasson *Histoire de la jurispr. Rom. p.* 452. Scaevolae Sammarthani *Elogia Gallorum. Isenaci* 1722. *p.* 43. Ios. Aurel. de Januario *Resp. Ictor. Lps.* 1753. *p.* 285. Iugler Beitr. zur jurist. Biogr. Bd. 4. St. 1. S. 54. Haubold *Institutt. iuris Rom. literariae T.* I. *p.* 63. Hugo civilist. Literairgesch. S. 149. Bucher *specim. I. hist. literariae variar. system. iuris civilis. Halae* 1808. 8.

2) Vgl. Scipio Gentilis *Or. de H. Donello habita d. VII. Maii* 1591. *adiecta D. Opusc. posth. Hanov.* 1605. 8. *p.* 446. (Auch in Budaei *vitis clarissim. Ictor. Ien.* 1722. *p.* 77.) Casp. Paumgärtner *anniversaria in honorem Donelli. Altorf.* 1592. 4. Bayle *Dict. hist. crit. s. v. Doneau.* Gundling Samml. kleiner Schriften. Nr. XI. S. 253. fg. (Vermehrt und verb. in Deinlein *Act. Eruditor. Coll.* XVI. *nr.* 7. *pag.* 416.

Digitized by Google

gest. zu Altdorf d. 4 Mai 1591), und in Deutschland zwei Marburger Gelehrte Niklas Vigel [3] (geb. zu Treysa in Niederhessen, gest. zu Marburg 10. Jul. 1600.) und Herman Vulté [*Vultejus*] [4] (geb. zu Wetter in Oberhessen 16. Dec. 1555, gest. zu Marburg 31. Jul. 1634.) durch ihre systematische Behandlung des Civilrechts aus. — Aus dem 17ten Jahrhundert verdienen vorzüglich Jean Domat [5] (geb. zu Clermont in Auvergne 30. Nov. 1625, gest. 14. März 1696.) und Arnold Vinnius [6] (geb. zu Münster bei Haag 1588, gest. zu Leiden 1657.) genannt zu werden, obgleich Letzterer in seinen s. g. *Partitionibus iuris civilis* eigentlich nur einen Auszug aus den Doneau'schen Commentarien geliefert hat. In dem 18ten Jahrhundert wurde neben der sogenannten dogmatischen Lehrart nach der s. g. Legalordnung, die syste-

---

und als Auszug in Köhler's Münzbelustigungen Th. VII. St. 49. S. 385.) Terrasson *pag.* 486. Haubold *pag.* 71. Hugo S. 163.

3) Das Leben Vigel's wird in einem sehr interessanten, auf der Marburger Universitätsbibliothek befindlichen, niemals ganz gedrucktem Manuskripte (aus dem 17ten Jahrh.) *Urbs et acad. Marburgensis succincte descripta et typis effformata a* Wilhelmo Dilichio *pag.* 167. beschrieben. Ausserdem vgl. Ingler Bd. II. St. 1. S. 79. fg. Haubold *pag.* 83. Hugo S. 196.

4) Vgl. das erwähnte Marburger Manuscript *p.* 180. Kuchenbecker *Vita H. Vulteji. Giess.* 1731. Gundling Historie der Gelahrtheit *T.* III. *pag.* 4544. Haubold *p.* 85. Hugo S. 197.

5) Vgl. Terrasson *pag.* 487. Ge. Maiansii *Epist. Valent.* 1732. 8. *Lib.* II, *ep.* 20. Haubold *p.* 111. Hugo S. 232.

6) Vgl. Adriani Beckerts a Thienen *Or. funebris in obit. A. Vinnii. Lugd. Bat.* 1657. 4. Hallische Beiträge zur jurist. gel. Hist. *Vol.* II. *P.* 8. *p.* 648. fg. Haubold *p.* 23. Hugo S. 208.

Digitized by Google

matische allgemeiner verbreitet, und gegenwärtig ist die erstere von der letzteren fast gänzlich verdrängt worden.

Uebersicht der über das Justinianeische Privatrecht erschienenen systematischen Werke.

I) *Gröfsere Systeme.*

A) Des reinen römischen Rechts:

1) Fr. Connani *Commentarii iuris civilis libri X. cum praef. Barthol. Faii et duob. indicib. Lutet. Parisior.* 1553. II *Vol.* f. *c. Hotomani Basil.* 1557. *Paris.* 1558. *Basil.* 1562. *Lugd.* 1565. f. *Hanoviae* 1610. 4. 1618. f. *Neapol.* 1724. II *Vol.* f. (Vgl. über diese Ausg. Io. Alb. Spis *D. de vi nudor. pactor. Fr. Connani sent. examinans. Altdorf.* 1734. *p.* 3. Note *b.*) Eine Uebersicht des Connan'schen Systems s. in meinem *Spec. I. hist. liter. varior. system. iuris civ. pag.* 14. *sq.* — 2) Hugonis Donelli *Commentarii de iure civili* XI *libri priores, Fcf. ad M.* 1589. 90. II *Vol.* f. — *Libr.* XXVIII. *cura* Scipionis Gentilis *T.* I—V. *Ib.* 1595—1597. f. (*cum effigie D.*) — *Hanov.* 1612. f. — *Fcf. ad M.* 1626. f. — *c.* Barthol. Fr. Pellegrini, *Prof. Pisensis* (*in Opp. T.* I—VI. *Lucae* 1762—1770.) — *cura* Io. Chph. König. *T.* I—IV. *Norimb.* 1801—1808. *post eius obitum c.* Caroli Bucher. *T.* V. *Ibid.* 1822. (In der Anzeige der beiden ersten Bände der König'schen Ausgabe in der Hall. Allg. Litt. Zeitung nr. 307. 308. habe ich eine gedrängte Uebersicht des ganzen Doneau'schen Systems zu geben versucht.) 3) Nicolai Vigelii *Methodus universi iuris civilis. Basil.* 1565. *Lugd.* 1568. *c.* Herm. Winhov. *Basil.* 1576. *Ib.* 1586. *Lugd.* 1591. *Basil.* 1606. *Frcf.* 1628. (Alle Ausg. in f.) — 4) Ejus-

Digitized by Google

4) Ejusdem *Digestorum iuris civilis libri quinquag. in VII partes distincti. Basil.* 1568. *et Ib.* 1584. f. 5) Jean Domat *les loix civiles dans leur ordre naturel, T.* I—III. *Paris* 1689—96. 4. *T.* I. II. *Luxembourg* 1702. f. *T.* I. II. *Paris* 1713. f. Neueste Ausg. *Ibid.* 1777. f.

B) Des römischen und heutigen Rechts:

1) Glieb Gerard. Titii *Jus privatum Rom. Germanicum. Lips.* 1709. 4. 2) Jo. Henr. de Berger *Oeconomia iuris ad usum hodiern. adcommodati. Lps.* 1712. — *c.* Jo. Aug. Bach *Lips.* 1755. 4. — *c.* Car. Gfr. de Winckler *Lips.* 1771. 4. und *cura* Chr. Glieb Haubold *T.* I. *Lips.* 1801. 4. 3) Caroli Christoph. Hofacker *Principia iuris civ. Romano-Germanici. T.* I. *Tubing.* 1789. *T.* II. III. *c.* Chr. Gmelin *ib.* 1794—1796. 8. *Ed. nova ibid.* 1800 — 1803. 8. (Eine Uebersetzung des ersten Bandes erschien Cassel und Marburg 1805. 8.)

II) *Kleinere Systeme.*

A) Des reinen römischen Rechts:

1) Jo. Althusii *Jurispr. Romana. Herbornae* 1588. 1640. 8. 1673. 12. — 2) Herm. Vulteji *Jurisprudentiae Romanae a Iustiniano compositae libri II. Marb.* 1590. 1594. 1598. 8. *Francof.* 1599. 8. *Marb.* 1610. 1618. und 1628. 8. *c.* Jo. Just. Winkelmann *Hannov.* 1652. 8. *c.* Jo. Ge. Estor *T.* I. II. *Marb.* 1748. 8. — 3) Ge. Sam. Madihn *Institutiones iuris civilis. Halae* 1764. 8. — 4) Jo. Ludw. Schmidt *Institut. iuris civ. in formam artis redactae. Jenae* 1771. 8. — 5) Eberh. Habernikkel *Institut. iuris Rom. Goett.* 1776. 8. — 6) Christ. Guil. Wehrn *Primae lineae iuris Rom. privati. Erford.* 1783. 8. — 7) Jo. Frid. Reitemeier *Conspectus iuris Rom. ad eius naturam ordine dispositi. Goett.* 1784. 8. — 8) Car. Chph. Hofacker *Institutiones iuris Rom. me-*

Digitized by Google

thodo systematica adornatae. Goett. 1775. 8. — 9) Ejusd. *Elementa iuris civilis Romanor. Goett.* 1785. 8. — 10) Gustav Hugo Institutionen des röm. R. Berlin 1789. 8. Unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen röm. R., zweiter ganz von neuem ausgearbeiteter Versuch. Ebend. 1799. 8. Unter dem Titel: Lehrb. d. Pandekten od. des heut. r. R., dritte zum Theil neu ausgearbeitete Aufl. Ebend. 1805. 8. Vierte neu ausgearbeitete Aufl. Ebend. 1810. Unter dem Titel: Lehrb. des heutigen r. R., fünfte sehr veränderte Ausg. Ebend. 1816. 8. — 11) Theod. Schmalz Handb. des röm. Privatrechts. Königsberg 1793. 8. u. 1801. 8. — 12) Jo. Christ. Woltär *Commentarii iuris Justinianei novissimi. T.* I. *Hal.* 1796. 8. — 13) Jo. Thadd. Zauner *Introd. in ius Digestorum ordine naturali disposita. T.* I. II. III. *Salisb.* 1805. 1806. 1810. 8. — 14) Heinr. Ge. Wittich einfaches System des heutigen Civilrechts. Frankf. 1804. 1805. 3 Bde. 8. — 15) Chr. Aug. Günther *Principia iuris Rom. privati novissimi. Tom.* I. II. *Ienae* 1805. 1809. 8. — 16) Christ. Glieb Konopak Institutionen des römischen Rechts. Halle 1807. 8. — 17) Joh. Kaufmann Anfangsgründe des röm. Privatrechts. Wien u. Triest 1814. 15. (bis jetzt 2 Bdchen 8.) — 18) Jo. Christ. Frid. Meister *Jus Romanum novissimum idque purum T.* I. *Züllichav.* 1813. 8. — 19) Christ. Glieb Haubold *Institutionum iuris Romani privati historico-dagmaticarum lineamenta. Lips.* 1814. 8. — 20) Ejusd. *doctrinae Pandectarum lineameuta cum locis classicis iuris in primis Justinianei et selecta litteratura maxime forensi. Lips.* 1820. 8. — 21) Ferd. Mackeldey Lehrb. der Institut. des heutigen röm. Privatrechts. Giefsen 1814. 8. Dritte Aufl. unter dem Titel: Lehrb. des heutigen Rechts. Ebendas. 1620. 8. — 22) Heinr. Rud. Brinkmann *Institutionum iuris Rom. quod ad singulorum utilitatem spectat libri V. Goett.* 1818. 8.

Digitized by Google

B) Des römischen und heutigen Rechts

1) Car. Frid. Dietrich *Systema elementare iurispr. civilis privatae imp. rom. germ. Erfordiae* 1772. 8. — 2) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. Magdeb. u. Lpz. 1777. 8. — 3) Joh. Christ. Woltär Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit. Halle 1785. 8. — 4) Dan. Nettelbladt *Systema elementare iurisprudentiae positivae Germanor. communis generalis. Hal.* 1781. 8. — 5) Jo. Thadd. Müller *Systema Pandectarum ad fora Germaniae applicatum. Tom.* I — III. *Manhem.* 1785. 1786. 8. — 6) Lud. Gottfr. Madihn *Principia iuris Rom. in usum praelectionum systematice disposita. Tom.* I — V. *Francof. cis Viadr.* 1786. 1787. *et* 1791. 8. — 7) Jos. Mar. Schneidt *Iurisprudentia forensis Hellfeldi systematice disposita. T.* I. II. *Herbipoli* 1786. 1791. 1803. — 8) Chph. Christ. Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, 2 Thle. Halle 1794. und 1796. 8. — 9) Dessen Handb. des heutigen gemeinen röm. deutschen Privatrechts, 2 Thle. Halle 1803. — 10) Ant. Friedr. Justus Thibaut System des Pandektenrechts, 2 Theile. Jena 1803. Zweite Aufl. in 3 Theilen. Jena 1805. Fünfte Ausg. Ebend. 1818. 8. — 11) Glieb Hufeland Lehrb. des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts, Th. 1. 2. Giessen 1808. 1814. 8. — 12) Joh. Christ. Friedr. Meister Vorerkenntnisse und Institutionen des positiven Privatrechts. Züllichau 1810. 8. — 13) Albrecht Schweppe das röm. Privatrecht in s. Anwendung auf deutsche Gerichte. Th. 1 — 3. Altona 1814. und zweite Ausg. 1818. 8.

III) *Entwürfe, Tabellen und Grundrisse.*

1) Jud. Thadd. Zauner *Conspectus iuris Digestor. ordine naturali dispositus. Salisb.* 1804. 8. — 2) Albr. Schweppe Entwurf eines Systems der Pandekten. Kiel 1806. 8. — 3) Arnold Heise Grundrifs eines Systems

Digitized by Google

des gemeinen Civilrechts. Heidelb. 1807. 8. u. 1816. 8. — 9) Joh. Ant. Ludw. Seidensticker Entwurf eines Systems des Pandektenrechts. Jena 1807. 8. — 5) Chr. Gottl. Haubold *doctr. Pandectarum monogrammata. Lips.* 1808. *et* 1809. 8. — 5) Karl Bucher Versuch einer systemat. Darstellung des Justinianeischen Privatrechts. Marburg 1808. 8. (vgl. dessen Uebersicht der testamentar. Universalsuccession. Marb. 1807. 8.) — 7) Ed. Schrader *et* Ferd. Mackeldey *Conspectus Digestorum in ordin. redactorum. Helmst.* 1810. 4. — 8) Friedr. Bergmann Abrifs eines Systems der Pandekten, nebst Bemerkungen über die systematische Behandlung dieser Disciplin. Göttingen 1810. 8. — 9) K. A. D. Unterholzner Entwurf zu einem Lehrgebäude des bei den Römern geltenden bürgerl. Rechts. Breslau 1817. 8.

Digitized by Google

ALLGEMEINER THEIL.

Digitized by Google

Digitized by Google

Allgemeiner Theil.

Erstes Hauptstück.

Von dem Recht und der Gerechtigkeit überhaupt.

Inst. I, 1. *Dig.* I, 1.

Ge. Christ. Gebauer *D. de i. et i. Gott.* 1738. (*in Exercitatt. acad. T.* I. *p.* 97. *sq.*

§. 19.

I) *Allgemeine Begriffe.*

Da die Gesetze und das aus ihnen hervorgehende Recht sich auf die Handlungen der Menschen beziehen, so kommt es zunächst auf den Begriff von Handlung an. Handlung im engern und eigentlichen Sinne ist die von vernünftigen Wesen mit Willkühr hervorgebrachte Veränderung. Da Willkühr das Vermögen ist, sich mit Bewufstseyn eigener Thätigkeit für das Wirklichwerden des Gegenstandes einer Vorstellung zu bestimmen, so wird hierbei die Idee einer unfreien Handlung von selbst ausgeschlossen. Die freie Handlung selbst kann aber wieder entweder als eine äussere oder als eine innere ge-

Digitized by Google

dacht werden, je nachdem die hervorgebrachte Veränderung unmittelbarer Gegenstand der Wahrnehmung Anderer seyn kann, oder nicht. — Gesetz ist nun eine allgemeine Regel der Möglichkeit oder Nothwendigkeit willkührlicher Handlungen, und es wird dasselbe, sofern es sich entweder auf die innern oder äussern Handlungen der Menschen bezieht, in moralisches (Tugendgesetz) und in juridisches Gesetz eingetheilt. Bei dem letztern wird blofs auf das äussere Thun oder Lassen, abgesehen von der Gesinnung des Handelnden, Rücksicht genommen (*cogitationis poenam nemo patitur*), während bei dem erstern hauptsächlich nur die Gesinnung des Handelnden in Beziehung auf die gesetzliche Vorschrift in Betracht kommt. Recht ist überhaupt Alles, was dem juridischen Gesetz nicht widerstreitet, und Gerechtigkeit also die Uebereinstimmung der äussern Handlungen mit den Vorschriften der Gesetze [1]). Insofern man sich nun den Inbegriff derjenigen Wahrheiten, wovon juridische Gesetze die Quellen sind, systematisch unter einander verbunden denkt, erhält man den Begriff von Rechtswissenschaft [2]).

§. 20.

Mit dem Begriffe des Rechts sind die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Recht nicht zu verwechseln, welche so viel als möglich auf einfache, dem Geist der Wissenschaft angemessene Grundideen zurückgeführt werden müssen [1]). Das Wort Recht (*ius*) bedeutet nemlich

1) „*Iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*“ *pr. I.* 1, 1.

2) „*Iurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia, iusti atque iniusti scientia.*“ §. 1. *I.* 1, 1. vgl. Cicero *de officiis* I, 43.

1) Vgl. Donelli *comment. Lib.* I. *c.* 3. 5. und vorzüglich Thibaut in den Versuchen Bd. I. S. 82. *fg.*

Digitized by Google

1) so viel als Gesetz im allgemeinsten Sinne, d. h. es bezeichnet den nächsten oder entfernteren Grund der Möglichkeit oder Nothwendigkeit einer Handlung. In dieser Hinsicht wird es aber wieder entweder für ein einzelnes Gesetz genommen, oder für einen ganzen Inbegriff von Gesetzen. Hiervon abgesehen, bezeichnet aber 2) das Wort Recht auch die Eigenschaft eines Subjectes, welche demselben durch das Gesetz beigelegt ist.

§. 21.

II) *Eintheilungen des Rechts.*

Inst. I, 2. *Dig.* I, 3. 4. *Cod.* I, 14 16.

(Hübner) Berichtig. u. Zusätze S. 22. fg.

Thibaut Versuche Bd. I. S. 270. System der Pandekten §. 8—28. 29—35.

Das Recht wird eingetheilt 1) in öffentliches Recht (*quod ad statum rei Romanae spectat*) und in Privatrecht (*quod ad singulorum utilitatem spectat*) [1]; 2) in *ius gentium* und *civile* [2]. Jenes ist ein Aus-

---

1) §. 4. *I.* 1, 1. *Fr.* 1. §. 2. *D.* I, 1.

2) *Fr.* 9. *D.* I, 1. (von Cajus). „*Quod — naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur: vocaturque ius gentium quasi quo iure omnes homines utuntur.*“ — Ulpian unterscheidet noch das *ius naturale* von dem *ius gentium* im *Fr.* 1. §. 3. *D. eod.*, und eben so kommt auch in den Institutionen eine trichotomische Eintheilung des Rechts vor *in ius naturale, gentium* und *civile.* Genau betrachtet ist aber das *ius naturale* blofs als eine niedere Abstufung dem *ius gentium* im weitern Sinne untergeordnet. Beim *ius naturale* wird nemlich der Mensch blofs in seinem physischen Zustande vorausgesetzt (*est ius, quod natura omnia animalia docuit*), beim *ius gentium* im engern Sinne aber in seinem vernünftigen und geselligen Wesen betrachtet. Vgl. Donellus *in Comm.* I, 7.

Digitized by Google

flufs der allgemein gebietenden Vernunft, gleichsam ein Abstractum von den positiven Rechten aller gesitteten Völker [3]; dieses hingegen ist das eigenthümliche positive Recht eines bestimmten Staates, welches, wie Ulpian sagt: „*neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit*“ [4]; 3) das *ius civile* oder rein positive Recht des Staates ist endlich in Rücksicht des Ursprunges entweder geschriebenes oder ungeschriebenes Recht (Gewohnheitsrecht); in Rücksicht des Umfanges entweder allgemeines oder besonderes; in Rücksicht der Form der Willenserklärung entweder allgemein publicirtes oder speciell bekannt gemachtes Recht.

§. 22.

A) Von dem geschriebenen und ungeschriebenen Rechte.

Das geschriebene Recht oder R. der Sanction leitet sein Daseyn unmittelbar von der gesetzgebenden Gewalt im Staate ab und beginnt als Recht zu bestehen nur allein durch die Wirksamkeit und Erklärung jener Macht. Das ungeschriebene Recht oder R. der Gewohnheit hingegen wird nur mittelbar durch die höchste Gewalt im Staate bewirkt, indem diese mehrere vernunftgemäfse, in der Meinung der Nothwendigkeit und während eines Zeitraumes von hinlänglicher Dauer vorgenommene Handlungen der Unterthanen als Gesetz bestehen läfst. Genau betrachtet lassen sich bei den Römern nur zwei Arten des geschriebenen Rechts annehmen, die alten Volksgesetze in ihrer doppelten Form als *leges* und *plebiscita*, sofern sie ihr altes Ansehen beibehalten hatten,

---

3) s. Mackeldey Institut. §. 105. Note c.

4) *Fr.* 6. *pr. D.* I, 1.

Digitized by Google

und die kaiserlichen Constitutionen [1]). Als Arten des ungeschriebenen Rechts kommen aber in Betracht: die *res similiter iudicatae* (der Gerichtsgebrauch) [2]) und die *mores maiorum* (das eigentliche Gewohnheitsrecht).

§. 23.

Gewohnheitsrecht insonderheit.

Cod. VIII, 53. — C. C. Hofacker *de iure consuetud. Tüb.* 1774. — J. N. K. Guilleaume Abh. d. Rechtslehre von der Gewohnh. Osnabr. 1601. — Hübner a. a. O. S. 151. fg. — K. H. L. Volkmar Beitr. zur Theorie d. Gewohnheitsrechts. Braunschw. u. Helmst. 1606. 8. — F. C. Gesterding Beisteuer zur Theorie v. Gewohnheitsrechte. (im Archiv für civilist. Praxis Th. 3. nr. 18.)

Gewohnheitsrecht ist der Inbegriff aller derjenigen Rechtsnormen, welche sich nicht auf eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzgebers gründen, sondern unter stillschweigender Auctorität und Einwilligung der höchsten Staatsgewalt aus den positiven oder negativen Handlungen der Unterthanen hervorgegangen sind. (*Consuetudo affirmativa, negativa.*) Die behauptete Gewohnheit darf jedoch weder als vernunftwidrig erscheinen, noch einem ausdrücklichen befehlenden oder verbietenden Gesetze zuwider laufen [3]); denn nur

---

1) Gewöhnlich nimmt man, nach der Auctorität Justinian's im §. 6. *I.* 1, 2. sechs species iuris scripti an: *lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.* Vgl. jedoch Hübner a. a. O. S. 29.

2) *Fr.* 38. *D.* I, 3. *c.* 4. 13. *C.* 7, 45. J. H. Böhmer *de iniusta theoriae et praxeos oppositione* (*in Exercitatt. T.* I.) — Ernst Aug. Haus Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauches. Erlangen 1798. 8.

3) Den Gesetzen zuwiderlaufende Gewohnheiten gelten nicht anders, als wenn sie speciell vom Regenten geneh-

Digitized by Google

unter dieser Voraussetzung kann die Gewohnheit dieselbe Kraft und Wirkung haben, wie ein ausdrückliches Gesetz [2]). Zum Daseyn einer Gewohnheit werden mehrere offenkundige und in der Meinung der Nothwendigkeit vorgenommene Handlungen erfordert, welche gleichartig und in den gehörigen Zwischenräumen [3]) ohne Unterbrechung erfolgt seyn müssen. Die Zahl der Handlungen läfst sich im Allgemeinen nicht bestimmen und auch aussergerichtlich vorgekommene Handlungen sind hinreichend [4]). — Der Beweis einer Gewohnheit wird durch Darlegung der positiven Erfordernifse ihrer Existenz, der Gegenbeweis aber dadurch geführt, dafs man Vernunft- oder Gesetzwidrigkeit und Unterbrechung zeigt. Die gewöhnlichen Beweismittel sind auch hier zuläfsig [5]).

---

migt, oder eine unvordenkliche Zeit hindurch ausgeübt sind.

2) *Fr.* 32. §. 1. *D.* 1, 3. „*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur.*“ *Fr.* 38, 35. *D. eod.* §. 9. *I.* 1, 2. *c.* 2. *C.* 8, 33. „*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas, sed non adeo usque sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*“ (vgl. *c.* 11. *X.* 1, 4.)

3) Von der Verjährungszeit kann hier kein Gebrauch gemacht werden. (Die Worte in dem *c.* 11. *X.* 1, 4. „*et legitime sit praescripta*“ beziehen sich blofs auf die gehörige Zeit, in welcher die Gewohnheit ausgeübt seyn mufs.)

4) Das *Fr.* 34. *D.* 1, 3. steht nicht entgegen, indem daraus nur so viel folgt, dafs die *contradicto iudicio* bestätigten Handlungen natürlich eine stärkere Beweiskraft mit sich führen.

6) D. H. Kemmerich *de prob. consuetud. et observantiae. Hal. et Lips.* 1773. Thibaut System §. 20.

Digitized by Google

§. 24.

B) Von dem allgemeinen und besondern Rechte.

Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts Th. II. nr. 13. — Dessen System §. 29.

Das allgemeine Recht (*ius generale*) enthält die Grundsätze, welche für alle Bürger unter gleichen Umständen zur Anwendung kommen, und ist wieder entweder allgemein gemeines Recht (*ius commune*), oder besonders gemeines Recht (*ius singulare*, *ius exorbitans*, *beneficium iuris*); je nachdem dasselbe nicht von dem abweicht, was die strenge Natur des Rechts mit sich bringt, oder aus Gründen der Politik oder der Billigkeit eine Ausnahme vom strengen Rechte begründet [1]). — Das besondere Recht (*ius speciale*) auf der andern Seite gilt nur für einzelne Fälle und Personen, und betrifft entweder Privatpersonen als solche, oder als Verwalter der Hoheitsrechte. Wenn in jenem Falle der Regent in Ansehung einzelner Personen oder Sachen etwas von der gemeinen Rechtsregel Abweichendes bestimmt, so ist ein Privileg (*constitutio personalis*) vorhanden. Zu diesem Falle hingegen gehören alle den Staatsbeamten für ihre Person ertheilten Instructionen, Befehle an Collegien Bericht zu erstatten u. s. w.

§. 25.

Von den Privilegien insonderheit.

Ge. Christ. Gebauer *singularia de privilegiis.* Goett. 1740. (*in Exercitatt. Tit. p.* 284. *sq.*) — Jo. Ge. Fr. Wasmuth *D. de privilegior. natura generatim et in specie de modis, quibus finiuntur vel amittuntur.* Goett. 1787.

Die Privilegien werden eingetheilt 1) in persönliche und dingliche (*privil. personalia*, *realia*); die

1) *Fr.* 14 — 16. *D.* 1, 3. *Fr.* 141. 162. *D.* 50, 17.

Digitized by Google

letzteren sind diejenigen, welche mit einer gewissen Sache so zusammenhängen, dafs sie mit derselben auf jeden Besitzer übergehen, oder welche überhaupt nicht an eine bestimmte Person gebunden sind [1]); 2) in günstige und nachtheilige (*privil. favorabilia et odiosa*) [2]); 3) in eigentliche und uneigentliche (*privil. propria et inpropria*), je nachdem sie auf einem obligatorischen Grunde beruhen, oder nicht. — Die Privilegien, welche überhaupt nicht gegen die wohlerworbenen Rechte Anderer anstofsen dürfen, werden nur vom Regenten in der Eigenschaft als Gesetzgeber, aber niemals von der Obrigkeit verliehen. Die Wirkungen der nachtheiligen Privilegien sind Verbindlichkeiten der günstigen Rechte, sey es zu positiven, oder negativen Handlungen (*privil. affirmativa, negativa*). Bei der Collision der Privilegien sind die eigentlichen Privilegien wohl von den uneigentlichen zu unterscheiden, und bei den erstern mufs darauf Rücksicht genommen werden, ob die zusammentreffenden Privilegien von verschiedener Kraft und Wirkung sind, oder nicht [3]). — Der Grund, weshalb die Privilegien aufhören, kann liegen: *a*) entweder in dem Privilegium selbst (Ablauf der Zeit [4]), Tod des Privilegirten, Untergang der privilegirten Sache); *b*) oder in der Person des Privilegirten (ausdrückliche oder stillschweigende Entsagung,

1) Vgl. *Fr.* 1. §. 46. *D.* 43, 20. *Fr.* 68. 196. *D.* 50, 17.

2) Dispensation. Monopol. Privilegium ad instar.

3) Ueber den Grundsatz: *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio suo.* Vgl. Sam. Stryk *D. de iure privilegiati contra privilegiatum. Hal.* 1744. *c.* 4. Weber Erläut. der Pand. Th. 1. S. 48.

4) Das unter der Clausel *donec revocetur* oder *ad bene placitum* ertheilte Privilegium erlischt, nach Analogie eines Precars (*Fr.* 8. §. 8. *D.* 43, 26.) nicht durch den Tod des Concedenten.

Digitized by Google

Nichtgebrauch) [5]; *c*) oder in der Person des Concedenten (Widerruf), wobei aber wieder die eigentlichen Privilegien wohl von den uneigentlichen zu unterscheiden sind.

§. 26.

C) Von dem allgemein und speciell bekannt gemachten Rechte.

Die allgemein bekannt gemachten Gesetze, welche allgemeine Rechtsgrundsätze, ein *ius generale* enthielten, wurden nach dem römischen Sprachgebrauche *edicta, leges edictales, epistolae generales* genannt. Eine specielle Bekanntmachung hingegen fand gewöhnlich bei den Mandaten, Rescripten, Decreten und Interlocutionen Statt. Die Edicte und Mandate erfolgten aus eigenem Antriebe des Gesetzgebers, die übrigen auf äussere Veranlassung. — *Mandata* waren Instructionen, welche der Regent den Staatsbeamten entweder über ihre ganze Amtsverwaltung (*ordinaria*), oder über einzelne Fälle derselben (*extraordinaria*) ertheilte [1]. Die *epistalmata* unterschieden sich dadurch von den Mandaten, dafs sie mehr die eigenen Geschäfte und Privatangelegenheiten des Regenten betrafen [2]. — *Rescripta* waren Antwor-

---

5) Die gewöhnliche Verjährungszeit von 30 Jahren wird behauptet von Leyser *sp.* 473. *m.* 7. Tob. Jac. Reinharth *de eo q. circa amission. iurium et privilegior. per non usum iustum est. Erf.* 1734. §. 2. Glück Commentar Th. 2. §. 110. Anderer Meinung sind Hofacker *princ.* §. 100. Berger *oecon. iuris Lib.* II. *tit.* 2. *th.* 23. *nr.* 4. *ibique* Haubold. Das *Fr.* 1. *D.* 50, 11. redet aber blofs von dem *privilegio nundinarum.*

1) Car. Eman. Vizzanius *de mandatis princip. Amstel.* 1657. 4.

2) Vgl. *c.* 3. *C.* 7, 37. J. H. Böhmer *de iure epistalmatis. Hal.* 1735.

Digitized by Google

ten des Regenten auf ihm vorgelegte Anfragen, und sie konnten sowohl in Justiz- als in bloſsen Regierungssachen vorkommen (*Rescr. iustitiae et gratiae*) [3]). Wenn die Anfrage von einem Magistratus herrührte, so ward das Rescript *epistola* genannt [4]); wenn von einer Gemeinheit oder Provinz, die über eine öffentliche Angelegenheit unterrichtet seyn wollte, *sanctio pragmatica;* wenn endlich von einem Privaten, *ad- vel subnotatio.* — *Decreta* waren endlich Entscheidungen des Regenten in einem in höchster Instanz an ihn gelangten Proceſs nach förmlicher Verhandlung desselben; *Interlocutiones* hingegen Entscheidungen ohne förmliche rechtliche Verhandlung.

---

3) Ant. Schulting *Or. pro rescr. imp. Rom.* (*in Opp. T.* I.) Dav. Cappelen Hunthum *de rescr. princip. Rom. Lugd. Bat.* 1709. (in Oelrich's *thes. Diss. Belgicar. Vol.* II. *T.* 3.

4) Vgl. Theophilus *ad* §. 6. *I.* 1, — Justinian hob die an den Princeps gerichteten Anfragen der Richter über zweifelhafte Fälle auf. *Nov.* 125. Ueber die Verbindungskraft der Decrete und Rescripte, insonderheit über die *exceptio sub- et obreptionis* vergl. Thibaut System §. 24.

Zwei-

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von den Gegenständen des Rechts.

§. 27.

Es giebt überhaupt drei Gegenstände, worauf die Vorschriften des Rechts sich beziehen können: Personen, Sachen und Forderungen. Justinian sagt [1]: „*Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*“; der Begriff von *actio* ist aber, wie unten gezeigt werden soll, mit *obligatio civilis* als gleichbedeutend zu nehmen. Da nun Sachen und Forderungen die beiden Elemente des Vermögens überhaupt sind, so zerfällt eigentlich das ganze Rechtssystem in zwei Haupttheile: in Personenrecht (Familienrecht) und Vermögensrecht, das letztere aber ist entweder Sachenrecht oder Recht der Forderungen [2]. In dem gegenwärtigen Hauptstück sollen blofs die allgemeinen Begriffe und Eintheilungen von den Personen, Sachen und Forderungen näher entwickelt werden.

1) *pr. I.* I. 1, 3.

2) Die dem ganzen System des Privatrechts zum Grunde liegende einfache Ansicht ist folgende: I) Personenrecht oder Familienrecht; II) Vermögensrecht: A) unter Lebenden: 1) Sachenrecht; 2) Recht der Forderungen; B) in Hinsicht auf einen Todesfall; Erbrecht.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.
Von den Personen.

Inst. 1, 3. *Dig.* 1, 5.
von Feuerbach civilistische Versuche Bd. 1. Nr. 6.

§. 28.

Person im engern und eigentlichen Sinne ist überhaupt dasjenige Individuum, welches als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Gesellschaft betrachtet werden kann. Gewöhnlich nennt man die persönliche Eigenschaft, von welcher besondere Rechte und Verbindlichkeiten abhängen, Status, und theilt denselben in natürlichen und bürgerlichen. Da aber der Begriff von Status oder Zustand sehr allgemein und unbestimmt ist [1]), so läfst sich nicht behaupten, dafs er dem Personenrechte ausschliefslich angehöre, und man kann dasselbe folglich auch nicht als einen Inbegriff der einzelnen Zustände definiren. In den Gesetzen selbst kommt auch *status naturalis* nicht als Gegensatz von *stat. civilis* vor [2]). — Blofs um mehrere allgemeine Vorkenntnisse daran knüpfen zu können, behalten wir die gewöhnliche, wiewohl unrömische Eintheilung bei und begreifen unter *status naturales* sowohl die natürliche Rechtsfähigkeit, als auch die

1) Im *Fr.* 2. §. 2. *D.* 27, 2. und *Fr.* 32. §. 1. *D.* 15, 1. kommt auch ein *status peculii* und *facultatum* vor, der als solcher gewifs nicht zum Personenrecht gehört.

2) Die sogenannten *status naturales* den eigentlich juristischen Personen (den Menschen, die den *status* der Persönlichkeit haben) beizulegen, würde aus dem Grunde schon inconsequent seyn, weil der Sclave, welcher keine Person ist, doch die s. g. natürlichen Zustände ohne Zweifel an sich trägt. s. von Feuerbach a. a. O.

Digitized by Google

physischen Eigenschaften, welche auf die Verschiedenheit der Rechte Einfluſs haben; unter *status civiles* aber die zur bürgerlichen Rechtsfähigkeit nöthigen Voraussetzungen [3]).

§. 29.

I.) *Status naturales.*

A) Natürliche Rechtsfähigkeit.

Zur natürlichen Rechtsfähigkeit gehört *a*) vor allen Dingen ein menschlicher Körper. *Ostentum* im weitern Sinne ist alles von der gewöhnlichen Natur abweichend Gebildete [1]); im engern Sinne aber ist *ostentum s. portentum* eine solche Geburt, an welcher ein menschliches Glied, nur nicht der Kopf, fehlt oder mehrmals vorhanden ist; *monstrum s. prodigium* hingegen eine (hinsichtlich des Kopfes) ganz von der gewöhnlichen Art ihres Geschlechts abweichende Geburt [2]). Jenes genieſst alle Rechte der Menschen, nicht aber dieses; doch hängt das Leben des Monstrums im Staate nicht von der bloſsen Willkühr der Aeltern ab [3]). — Ferner *b*) gehört das Geborenseyn überhaupt hierher. Die noch im Mutterleibe befindlichen Kinder machen zwar nur einen Theil der Mutter aus [4]); sie werden jedoch als geboren betrach-

---

3) Vgl. Thibaut System §. 207. a. E.

1) „*Omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque.*“ *Fr.* 38. *D.* 50, 16.

2) *Fr.* 14. *D.* 1, 5. *Fr.* 38. *D. cit.* „*Duo genera autem sunt ostentorum, unum quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα, i. e. visiones appellant.*“

3) Ulr. Huber *praelect.* I, 5. §. 7.

4) *Fr.* 1. §. 1. *D.* 25, 4. *Fr.* 9. §. 1. *D.* 35, 2.

Digitized by Google

tet, so oft von ihrem Vortheil die Rede ist [5]), und ihre Ausbildung und künftige Geburt darf nicht gehindert werden [6]). — *c*) Mufs Leben und Lebensfähigkeit vorausgesetzt werden. Das Leben wird nach römischem Rechte nicht nach dem Geschrei des Kindes beurtheilt [7]), die Lebensfähigkeit aber soll nach sechs abgelaufenen Monaten, oder hundert und achtzig Tagen von der Empfängnifs an, rechtlich angenommen werden [8]). — Endlich *d*) wird zur natürlichen Rechtsfähigkeit auch ein vernünftiges Daseyn erfordert.

§. 30.

B) Natürliche Eigenschaften, die auf die Verschiedenheit der Rechte Einfluss haben.

1) Hinsichtlich des Geschlechtes sind zwar gewöhnlich die Rechte der Männer und Weiber gleich, jedoch in mehrern Puncten „*deterior est conditio foeminarum.*“ [1]) So oft die Gesetze im Masculinum reden, ist das Foeminium darunter begriffen, aber nicht umgekehrt [2]). Bei den Zwittern soll nach röm. Recht das vorherrschende Geschlecht entscheiden [3]). — 2) Hinsichtlich des Alters

---

5) „*Qui in utero sunt in toto pene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.*“ *Fr.* 26. *D.* 1, 5. Daher die Rechtsregel: *nasciturus habetur pro nato, quoties de commodis ipsius agitur.*

6) *Fr.* 18. *D.* 1, 5. *Fr.* 2. *D.* 11, 8. *Fr.* 3. *D.* 48, 19.

7) Vgl. *c.* 3. *C.* 6, 29.

8) *Fr.* 12. *D.* 1, 5. *Fr.* 3. §. 12. *D.* 38, 16. Gewöhnlich nimmt man 182 Tage an; sechs juristische Monate sind aber 180 Tage. — Ein Abortus kommt rechtlich nicht in Betracht. Vgl. *c. x. C.* 6, 29.

1) *Fr.* 9. *D.* 1, 5.

2) Vgl. *Fr.* 45. *pr. D.* 31. *Fr.* 81. *D.* 32.

3) *Fr.* 10. *D.* 1, 5.

Digitized by Google

ist die Eintheilung in Volljährige (*Majores*), die das 25ste Jahr vollendet haben, und in Minderjährige (*Minores*) zu bemerken. Die Letzteren sind entweder Unmündige (*impuberes, qui in prima s. pupillari aetate sunt*) und diese wieder Kinder (*infantes*), die noch keine 7 Jahre alt sind [4]), oder *infantia maiores* [5]); oder Mündige (*puberes*), und zwar *plene puberes*, wenn die Männer das 18te, die Weiber das 14te Jahr zurückgelegt haben [6]), oder *minus plene puberes* bei Männern nach zurückgelegtem 14ten, bei Weibern nach zurückgelegtem 12ten Jahre. — 3) In Hinsicht auf die Gesundheit wird Fehler (*vitium*), d. i. eine beständige unheilbare Unvollkommenheit und Krankheit (*morbus*), eine nach allgemeinen Gesetzen möglich heilbare Unvollkommenheit, unterschieden [7]). Was insonderheit die Zeugungsunfähigkeit betrifft, so unterscheiden sich die Spadonen im engern Sinne von den Castraten, und zu den ersteren sind denn auch die s. g. *thlibiae s. thlasiae*

4) K. Honorius hat zuerst das siebente Jahr für die Kindheit im engern Sinne bestimmt in d. *c.* 8. *C. Th.* 8, 18. und Theodos d. J. dieses gebilligt. vgl. *c.* 8. *pr.* §. 4. *C.* 6, 30. (Das *Fr.* 14. *D.* 23, 1. u. *Fr.* 1. §. 2. *D.* 26, 7. sind interpolirt.)

5) Die in den Gesetzen (*Fr.* 14. *D.* 29, 5. *Fr.* 13. §. 1. *D.* 4, 3. *Fr.* 111. *pr. D.* 50, 17. §. 10. *I.* 3, 20.) noch vorkommende Eintheilung in *infantiae vel pubertati proximi proximaeve* bezieht sich blofs auf die Zurechnung bei Verbrechen.

6) Die *plena pubertas* kommt nur Ausnahmsweise vor, bei der Freilassung von Sclaven (§. 7. *I.* 1, 6.), bei der Adoption (§. 4. *I.* 1, 11.) und bei den bis zur Mündigkeit legirten Alimenten. (*Fr.* 14. §. 1. *D.* 34, 1.)

7) Vgl. *Fr.* 101. §. 2. *D.* 50, 16. (*Morbus sonticus*) *Fr.* 113. *D. eod.*

Digitized by Google

zu rechnen [8]). — Die Verschiedenheit der Menschen in Betreff der Verwandtschaft kommt im Ehe- und Erbrecht vor; dagegen giebt uns die Verschiedenheit des moralischen Charakters Veranlassung, die Grundsätze von der Ehre und Ehrlosigkeit hier abzuhandeln.

§. 31.

Von der Ehre und Ehrlosigkeit.

Dig. III, 2. *Cod.* II, 12. X, 57.

Donellus XVIII, 6—8. — Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit. Leipz. 1800. 8. — Hagemeister über den wesentl. Unterschied zwischen der röm. *infamia* u. der deutschen Ehrlosigkeit in Hugo's civilist. Magaz. III, 163. fg. — Grolman über Ehre und guten Namen, in d. Magazin für Philosophie I, 1.

Ehre überhaupt (*existimatio*, *fama*) ist die äussere Achtung, welche Jemand geniefst und von seinen Mitbürgern verlangen kann [1]), und bürgerliche Ehre der Werth, welcher dem Staatsbürger gesetzlich zukommt [2]). Ehrlosigkeit (*infamia*) überhaupt ist der Zustand, wo Jemanden eine Verdorbenheit des moralischen Charakters zur Last fällt, weshalb ihm die äussere Achtung verweigert wird, und bürgerliche Ehrlosigkeit ist vorhanden, wenn der Staat den dem Staatsbürger als solchem zukommenden Werth entweder gemindert, oder gänzlich entzo-

---

8) *Fr.* 128. *D.* 50, 16. *Fr.* 6. *in f. Fr.* 7. *D.* 21, 1. *Fr.* 39. *in f. D.* 23, 3. (*Nov. Leonis* 98.)

1) Cicero *de imitatione* II, 4. sagt: „*Est alicuius honesta cultu et honore et verecundia digna auctoritas.*“

2) *Fr.* 5. §. 1. *D.* 50, 13. „*Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.*“

Digitized by Google

gen hat [3]). Gewöhnlich theilt man die Ehrlosigkeit in *infamia facti* und *iuris*, von der erstern aber, in so fern sie blofs von dem allgemeinen Urtheil der Menschen ausgeht und ohne Mitwirkung des Staates eintritt, kann in rechtlicher Beziehung gar die Rede nicht seyn [4]). Nach römischen Recht ist die eigentliche Infamie (*infamia iuris*) entweder eine unmittelbare oder mittelbare; jene soll geradezu durch die gesetzliche Vorschrift herbeigeführt werden; diese hingegen auf ein richterliches, die Infamie als Strafe erkennendes Urtheil sich gründen [5]). Bei uns kann immer nur von der letztern die Rede seyn. — Die Wirkung der bürgerlichen Ehrlosigkeit besteht im Allgemeinen in der Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und Ehrenstellen [6]), insonderheit zum Richteramte und zur Advocatur, und in der bei Zeugnissen fehlenden Glaubwürdigkeit [7]) u. s. w. — Die Aufhebung der Infa-

---

3) Eine gänzliche Aufhebung der bürgerlichen Ehre (*consumtio famae* kann nur durch *capitis minutio maxima et media* bewirkt werden. *Fr.* 5. §. 3. *D.* 50, 13. Eine Minderung derselben fand Statt bei solchen, *quos lex notavit infamia. Fr.* 5. §. 2. *D. eod.*, bei solchen, *qui ob vitae turpitudinem notati*, und *qui levis notae macula adspersi erant.* Ueber die Wirkung der *levis nota* vgl. *Fr.* 44. *D.* 23, 2. *c.* 27. *C.* 3, 28. Vgl. *c.* 6. *C.* 12, 1. *Nov.* 89. *c.* 15. Jo. Glieb Heineccius *D. de levis notae macula ad L.* 27. *C. de inoff. testam. Hal.* 1720. 4.

4) Donellus XVIII, 6. Strecker *D. non ente civili infamia facti. Erf.* 1736. Einert *Exerc. qua praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere famae speciem defenditur. Lps.* 1777. Vergl. dagegen Emminghaus *ad Coccejī ius civ. controv.* III, 2. *qu.* 9. Glück Erl. d. Pand. §. 376.

5) Ueber die einzelnen Fälle der *infam. immediata* nnd *mediata* s. Günther *princ.* §. 102. 103.

6) *c. un. C.* 10, 57. *c.* 2. *C.* 12, 1.

7) *Fr.* 3. *pr. D.* 22, 5.

Digitized by Google

mie findet Statt, wenn der Regent ausdrücklich oder stillschweigend die Ehre wieder herstellt; oder wenn die im Urtheil für sie bestimmte Zeit abgelaufen ist [8]).

§. 32.

Anhang von den juristischen Personen, insonderheit von den Gemeinheiten.

Dig. III, 4. XLVII, 22. L, 1.

Juristische Person ist Alles, was im Staate ausser den einzelnen Menschen als ein eigenes Subject von Rechten anerkannt ist [1]). Gemeinheit (*universitas*, *corpus*, *collegium*) insonderheit ist ein Inbegriff mehrerer einzelner Personen, welche zusammen als ein Subject betrachtet werden. Es gelten über die letztern vorzüglich folgende Grundsätze: der Staat mufs die Gemeinheit als solche anerkannt haben [2]) und sie mufs Anfangs wenigstens aus drei Mitgliedern bestehen [3]). Da der Inbegriff aller Mitglieder das eigentliche Subject ist, welches als ein Individuum von Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, so bleibt sie auch bei veränderten einzelnen Mitgliedern fortdauernd bestehen, und selbst nur noch ein übrig gebliebenes Mitglied hat die Rechte der ganzen vom Staate nicht aufgehobenen Universitas [4]). Soll ein

---

8) *c.* 3. *C.* 2, 12. Die *c.* 6. *C. eod.* steht nicht entgegen.

1) Ueber die einzelnen Arten der juristischen Personen vergl. besonders Heise Abrifs des gemeinen Civilrechts S. 130. Schweppe röm. Privatrecht Bd. 1. §. 62. fg.

2) *Fr.* 1. *pr.* §. 1. *D.* 47, 22. „*Quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse iudicati sunt.*“

3) *Fr.* 83. *D.* 50, 16. „*Neratius Priscus tres facere existimat collegium.*“

4) *Fr.* 7. §. 1. 2. *D.* 3, 4. *Fr.* 21. *D.* 7, 4. Das Vermögen der aufgehobenen öffentlichen Gemeinheit fällt an den Staat,

Digitized by Google

gemeinschaftlicher Beschluſs gefaſst werden (*conclusum s. statutum universitatis*), so müssen alle stimmfähigen Mitglieder zusammenberufen werden, und unter den wirklich Erschienenen entscheidet Mehrheit der Stimmen [5]). Die Vorsteher der Gemeinheit sind zwar als ihre Stellvertreter zu betrachten und können für sie handeln, jedoch sie nicht durch ihre illegalen Handlungen verbindlich machen und eben so wenig durch Anleihen; der Gläubiger müſste denn die nützliche Verwendung derselben beweisen können [6]).

§. 33.

II) *Status civiles.*

Die bürgerliche Rechtsfähigkeit wird von den Römern *caput* oder *status* schlechthin genannt, und der Verlust derselben *capitis deminutio* [1]). Gewöhnlich zählt man zu den *status civiles* drei besondere Zustände, den *status libertatis*, *civitatis* und *familiae*. Genau betrachtet sind aber nur die Freiheit und das Bürgerthum als allgemeine Bedingungen des Privatrechts oder der bürgerlichen

---

das der Privatgemeinheit wird unter die letzten Mitglieder vertheilt. *Fr.* 3. *pr. D.* 47, 22.

5) *Fr.* 19. *D.* 50, 1. *Fr.* 160. §. 1. *D.* 50, 17. *c.* 5. *C.* 10, 63. Bei der Wahl eines Syndicus müssen jedoch wenigstens zwei Drittel erschienen seyn. *Fr.* 3. *D.* 3, 4.

6) *Fr.* 15. §. 1. *D.* 4, 3. *Fr.* 27. *D.* 12, 1. *Nov.* 120. *c.* 6. §. 3. vgl. mein Recht der Forderungen S. 212.

1) *T. T. Inst.* I, 16. Verlust der Freiheit ist *capitis deminutio maxima*, des Bürgerthums *media*. Eine Veränderung im Familienzustande (*c. d. minima*) ist nur uneigentlich eine *capitis demin.* zu nennen, „*salvo enim statu contingit.*“ *Fr.* 1. §. 8. *D.* 38, 17.

Digitized by Google

Rechtsfähigkeit zu betrachten [2]); der *status familiae* hingegen, worauf die vier Institute: der Ehe, väterlichen Gewalt, Vormundschaft und Sclaverei sich beziehen, macht den Inhalt des Personenrechts aus, welches daher nicht unpassend Familienrecht genannt wird.

Zweiter Abschnitt.

Von den Sachen.

Inst. II, 1. *Dig.* I, 8.

Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen: Besitz, Eigenthum und Verjährung. Lpz. 1788. 8.

§. 34.

Sache im weitern Sinne ist alles, was keine Person und doch ein Gegenstand rechtlicher Bestimmungen in der bürgerlichen Gesellschaft ist. Nach diesem allgemeinen Begriffe gehören auch Handlungen der Menschen und Rechte (s. g. *res incorporales*, s. §. 37.) mit zu den Sachen. Im engern Sinne aber verstehen wir darunter jeden äussern Körper der Sinnenwelt, der nicht eine Person, d. i. ein Subject rechtlicher Verhältnisse ist. — Hier sollen blofs die hauptsächlichsten Eintheilungen der Sachen durchgegangen werden: 1) in *res divini* und *humani iuris*; 2) in körperliche und unkörperliche; 3) in bewegliche und unbewegliche; 4) in vertretbare und nicht vertretbare (*fungibiles*, *non fungibiles*); 5) in einzelne und zusam-

2) Vgl. *Fr.* 3. §. 1. *Fr.* 4. *D.* 4, 5. *Fr.* 1. §. 8. *D.* 38, 17. — von Feuerbach a. a. O.

Digitized by Google

mengesetzte; 6) in theilbare und untheilbare; endlich 7) in Haupt- und Nebensachen.

§. 35.

I) *Res divini und humani iuris.*

A) *Res divini iuris.*

Dietr. Herm. Kemmerich *D. de natura et usu divisionis rerum in res divini et hum. iuris, illarumque in sacras, religiosas et sanctas. Viteb.* 1729. 4.

Unter *Res divini iuris* verstehen die Römer solche Sachen, die eine Beziehung auf die Gottheit oder eine gewisse Heiligkeit haben, und es gehören dahin: 1) die *res sacrae*, d. h. Sachen, welche der Gottheit geweihet, ihr feierlich als Gegenstand des Cultus consecrirt und so lange dem Privateigenthume entzogen sind, bis sie förmlich entweihet oder von den Feinden occupirt werden [1]; 2) die *res religiosae*, d. h. solche Oerter, wo der Leichnam eines Menschen, wenigstens, wenn die Glieder zerstreut sind, der Kopf eines Verstorbenen beerdigt worden ist [2]; 3) die *res sanctae*, d. h. ursprünglich alle

1) Nicht damit zu verwechseln sind die *res ecclesiasticae* (*quae in patrimonio ecclesiae sunt*); sie gehören zu den *res universitatis* und können, wiewohl nicht leicht, veräussert werden. s. *Nov.* 120. — Durch eine eigene summarische Klage, das *Interdictum ne quid in loco sacro fiat*, wurde Alles abgewendet, was den geweiheten Ort entehrt und verunstaltet, und Restitution verlangt, wenn etwas der Art bereits erfolgt seyn sollte. *T. T. D.* XLIII, 6.

2) Kenotaphien gehörten nicht hierher, eben so wenig Särge als solche (*capsae in quibus cadaver includitur*), sondern nur eigentliche Beerdigungsplätze, die entweder dem Begrabenden eigenthümlich zustanden, oder worauf er sonst ein Recht hatte. Ein solcher Platz konnte nicht ohne das Grundstück, worauf er sich befand, veräussert werden,

Digitized by Google

den *diis tutelaribus* gewidmete Sachen, späterhin alle Sachen, welche sich unter einem besondern Schutze des Staates befinden. Alle diese *res divini iuris* waren als solche dem bürgerlichen Verkehr (*commercium*) entzogen.

§. 36.

B) *Res humani iuris.*

Die *Res humani iuris* sind entweder solche, die sich im ausschliefsenden oder im gemeinsamen Gebrauche der Menschen befinden; jene heifsen *res privatae*, diese *res publicae* überhaupt. Zu den letzteren aber gehören: 1) die *res communes*, die als ein allgemeines Geschenk der Natur von Jedermann zu ihrem bestimmten Zwecke gebraucht werden können, aber nur, sofern der gemeinsame Gebrauch nicht darunter leidet, im Privateigenthume sich befinden können, z. B. die Luft, das Meer, das Gestade des Meeres und das vorbeifliefsende Flufswasser (*aqua profluens*); 2) die *res publicae* im engern Sinne, welche in den Grenzen eines gewissen Staates eingeschlossen sind, z. B. Flüsse und Häfen, Flufsbette, sofern sie noch vom Flufse beströmt werden, und Ufer der Flüsse [1]; 3) die *res universitatis*, welche eine Stadt oder Gemeinheit zum Gebrauche ihrer Mitglieder bestimmt hat, die also erst durch ihre Bestimmung öffentlich werden [2]. — Auch alle diese öffentlichen Sachen sind dem

und mehrere Rechtsmittel dienten dazu, Verletzungen oder Hindernisse abzuwenden: *Aetio sepulchri violati. Dig.* XLVII, 12. *Cod.* IX, 19. *Interdictum de mortuo inferendo* und *de exstruendo sepulchro. Dig.* XI, 8. vgl. *Fr.* 2. §. 1. *D.* 43, 1.

1) *Fr.* 2. §. 1. *D.* 1, 8. §. 1. *I.* 2, 1.

2) Im engern Sinne ist *res universitatis* von *patrimonium universitatis* zu unterscheiden. Jene steht ihrem Gebrauche nach den einzelnen Mitgliedern der Gemeinheit zu; dieses ist aber blofs zum gemeinschaftlichen Nutzen bestimmt, ohne dafs der Einzelne davon Gebrauch machen kann.

Digitized by Google

Privateigenthume entzogen, bis auf die Ufer der Flüsse, welche den Anliegern gehören, und daher nur hinsichtlich ihres Gebrauchs zu den öffentlichen Sachen zu rechnen sind [3]).

§. 37.

II) *Körperliche und unkörperliche Sachen.*

Inst. II, 2.

Hugo civilist. Magazin IV, 1. S. 44.

Die römischen Juristen [1]) theilten ferner die Sachen in *res corporales* und *incorporales*. Unter jenen verstanden sie eigentliche Sachen, d. i. in die äussern Sinne fallende Gegenstände; unter diesen solche, die blofs in der Idee bestehen, in rechtlicher Beziehung als eine Realität gedacht werden [2]). Zu den letztern werden von den Rö-

---

3) Zum Schutze der öffentlichen Sachen wird in den Pandekten eine Reihe von Interdicten aufgeführt; 1) *interd. ne quid in loco publico vel itinere fiat. Dig.* XLIII, 7. 8. 2) *de loco publico fruendo. Dig.* XLIII, 9. 3) *de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. Dig.* XLIII, 10. 4) *de via publica et itinere reficiendo. Dig.* XLIII, 11. 5) *ne quid in flumine publica ripave eius fiat, quo peius navigetur. Dig.* XLIII, 12. 6) *ne quid in flumine publ. fiat, quo aliter aqua fluat, atqui uti priori aestate fluxit. Dig.* XLIII, 13. 7) *ut in flumine publico navigare liceat. Dig.* XLIII, 14. 8) *de ripa munienda. Dig.* XLIII, 15.

1) Nicht blofs Cajus in dem *Fr.* 1. § 1. *D.* 1, 8. und *Fr.* 43. §. 1. *D.* 41, 1., sondern auch Paulus in *Fr.* 14. *pr. D.* 8, 1. Ulpianus in *Fragm.* 19, 1. Vgl. Cicero *Topica cap.* 5. Quinctilianus V, 10. Seneca *de brevitate vitae cap.* 8.

2) Theophilus sagt: „ἀσώματά εστιν, ἅ τινα ἐν δικαίῳ συνίσταται.“

mern nur Rechtsverhältnisse gerechnet [3]), aber auch die blofs ihrer Gattung nach bestimmten Sachen kann man dahin zählen [4]).

§. 38.

III) *Bewegliche und unbewegliche Sachen.*

Unbewegliche Sachen sind 1) von Natur alle, welche überhaupt oder ohne Zerstörung nicht von einem Orte zum andern gebracht werden können (*quae de loco in locum moveri non possunt*); 2) vermöge rechtlicher Bestimmung gehören dahin alle Sachen, welche von Natur oder durch menschlichen Fleifs als Theile einer unbeweglichen Sache zu betrachten sind [1]), oder welche zum beständigen Gebrauche derselben gehören [2]) (*Pertinentiae*). — Alles Uebrige gehört zu den beweglichen Sachen, welche

---

2) §. 1. 2. *I.* 2, 2. „*Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, usus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum ius hereditatis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.*“

4) Vgl. Mackeldey Lehrb. d. heut. röm. R. §. 156.

1) Dahin z. B. der eingewurzelte Baum und die noch hängenden Früchte, und Alles, was — nach einer bekannten Clausel — erd- wand- band- mauer- nied- nagel- und schraubenfest ist. (*Fixa vincta.*)

2) Vgl. *Fr.* 17. §. 7. *D.* 19, 1. „*Ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse: quae vero ad praesens, non esse aedificii.*

Digitized by Google

man in Moventien und Mobilien im engern Sinne einzutheilen pflegt [3]).

§. 39.

IV) *Vertretbare und nicht vertretbare Sachen.*

Vertretbare [1]) Sachen oder die von den Neuern so genannten *res fungibiles* sind solche, welche entweder durchaus, oder doch als solche durch den gewöhnlichen Gebrauch, den man davon macht, aufhören im Eigenthume zu seyn. Eine Sache kann hier füglich durch die andere ersetzt und vertreten werden, da es blofs auf die Quantität ankommt und es in der Regel völlig einerlei ist, ob man gerade diese Species, oder eine andere von derselben Gattung hat. (*Tantundem ex eodem genere in relatione ad patrimonium idem est.*) [2]) Nicht vertretbare Sachen machen den Gegensatz aus. Zu den ersteren gehören die Sachen, welche im Handel und Wandel nach Zahl, Maafs oder Gewicht veräussert zu werden pflegen. (*Res quae pondere, numero, mensura constant.*) [3]).

---

3) *Fr.* 93. *D.* 50, 16. — Dahin gehören denn auch die *ruta caesa*. *Fr.* 17. 18. *D.* 19, 1. *Fr.* 12. §. 23. *D.* 33, 7. *Fr.* 242. 245. *D.* 50, 16. Ueber die Frage: ob Rechte zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu rechnen sind? vgl. Glück im Commentar Bd. 2. §. 174. und Weber zu Höpfner §. 343. Nr. 2.

1) Der von Mackeldey a. a. O. §. 138. gebrauchte Ausdruck: vertretbare Sachen ist bezeichnender, als der gewöhnliche; verbrauchbare Sachen.

2) *Fr.* 2. §. 1. *D.* 12, 1. „(*Tam*) *in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam in specie.*“ (Mit Ant. Augustinus in *Emend.* IV, 8. mufs in dieser Stelle ein *tam* oder *potius* supplirt werden.)

3) *pr. I.* 3, 15.

Digitized by Google

§. 40.

V) *Einfache und zusammengesetzte, theilbare und untheilbare Sachen.*

Einfache Sachen (*res singulares*) sind solche, die aus mehrern durch physische Cohärenz mit einander verschmolzenen Theilen bestehen; zusammengesetzte, wo dieſs nicht der Fall ist. Bei den letztern können die mehrern Theile entweder physisch verbunden seyn (*res connexae*), oder nur im Begriff vereinigt gedacht werden. (s. g. *universitas rerum.*) [1]). Die letztere ist entweder eine s. g. *universitas facti*, wenn sie einen willkührlich vereinigt gedachten Inbegriff mehrerer gleich- oder verschiedenartiger Sachen ausmacht, z. B. Hausgeräth, Waarenlager, Bibliothek; oder eine s. g. *universitas iuris*, wenn sie das gesetzlich als Einheit gedachte gesammte Vermögen einer Person zum Gegenstande hat; es gehört dahin namentlich die Erbschaft und das Peculium, und es gilt dabei die wichtige Regel: *Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.* [2]). — Je nachdem die Sachen ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden können oder nicht, sind dieselben entweder theilbare (*dividuae*), oder untheilbare (*individuae*) [3]), und bei den

---

1) *Fr.* 30. *D.* 41, 3. Vgl. Thibaut System §. 262.

2) *Fr.* 20. §. 10. *Fr.* 22. *D.* 5, 3. vergl. *Fr.* 208. *D.* 50, 16. — Bei einzelnen Sachen findet diese Regel nicht Statt; doch findet eine Klage der Billigkeit (*actio in factum*) wider denjenigen Statt, der durch eine fremde Sache bereichert worden ist. *Fr.* 23. §. 5. *D.* 6, 1. *Fr.* 23. *D.* 12, 1. vgl. Thibaut a. a. O.

3) Fr. Hotomanus *Quae res dividuae aut individuae dicantur, et quaenam utrarumque natura sit.* (*In quaestionib. illustr.* c. 18—21.)

Digitized by Google

den erstern findet entweder eine physische oder juristische Theilung (nach intellectuellen Theilen) Statt.

§. 41.

VI) *Haupt- und Nebensachen.*

Dig. XXII, 1. *Cod.* IV, 32.

Hauptsache oder selbstständige Sache (*res principalis*) ist die, welche ohne Beziehung auf eine andere Sache für sich besteht; Nebensache (*res accessoria*) aber, welche mit einer andern Sache als Theil in Verbindung gesetzt ist. — Alles, was zu einer Sache gehört, wird im weitern Sinne auch *causa* genannt [1]; diese ist aber entweder *interna* oder *externa*. Unter jener versteht man alle Eigenschaften und Rechte, die zu einer Sache gehören, und insonderheit ist dahin der Nutzen derselben (*utilitas*) oder die Fähigkeit der Sache, unser Bedürfnifs zu befriedigen, und der Werth (*aestimatio*) oder die Gröfse des Nutzens zu rechnen. Der letztere kann entweder im Tauschverhältnifs zu andern Sachen bestimmt werden, oder nicht, und ist daher entweder ein äusserer oder innerer Werth. Der äussere Werth oder Preis (*pretium*) wird aber wieder bestimmt: entweder nach der Regel des menschlichen Verkehrs überhaupt, oder nach gewissen besondern Umständen und Verhältnissen. (*pretium commune*, *pr. singulare.*)

§. 42.

Zur *causa externa*, oder den eigentlichen Nebendingen gehören die Zubehörungen, Früchte und Unko-

1) Die Gesetze sagen: „*post iudicium acceptum causa omnis restituenda est, i. e. omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore soluta fuisset.*“ *Fr.* 31. *D.* 12, 1. *Fr.* 20. *D.* 6, 1.

Digitized by Google

sten. Zubehörungen (Accessionen) sind alle Sachen, welche als Nebentheile einer Hauptsache zu betrachten sind [1]), und es gehören dahin insonderheit die Pertinentien. (§. 38.) — Unter Frucht (*fructus*) versteht man alles, was aus den innern Kräften einer Sache hervorgegangen und mit ihr in Verbindung gesetzt ist, oder was sein Daseyn aus einer andern Sache ableitet. Dieses geschieht nun aber entweder ohne menschliche Mühe und Arbeit (*fructus naturalis*), oder mit solcher (*fructus industrialis*). Die Früchte heissen *pendentes*, wenn sie noch mit der Hauptsache in Verbindung stehen, *separati*, wenn sie davon getrennt sind [2]), und die letztern sind oft anders zu beurtheilen, wenn sie noch vorhanden, anders, wenn sie schon verzehrt sind. (*Fructus extantes et consumti.*) Früchte, die Jemand nicht gezogen hat, aber doch bei besserer Bewirthschaftung hätte ziehen können, werden *percipiendi* genannt, und im uneigentlichen Sinne versteht man unter *Fructus* auch alle nicht aus der Sache selbst hervorgegangenen, sondern auf andere Art von der Sache gezogenen Vortheile und Nutzungen, und unterscheidet sie durch das Beiwort *civiles* von den übrigen, z. B. Zinsen, Mieth- und Pachtgelder [3]). —

---

1) In der Regel ist von den verbundenen Sachen diejenige als *accessoria* zu betrachten, welche ohne die andere nicht seyn kann, oder blofs zur Zierde und passenden Benutzung einer andern Sache gereicht. §. 26. *I.* 2, 1. *Fr.* 23. §. 3. *D.* 6, 1. *Fr.* 19. §. 13. 20. *Fr.* 20. *D.* 34, 2. Im Zweifel wird dabei auch auf die Bestimmung des bisherigen Besitzers Rücksicht genommen. Vgl. Konopak Instit. § 184.

2) Hat derjenige, welcher dazu berechtigt ist, die Trennung vorgenommen, so heifsen die *fructus percepti*, und diese sind, namentlich beim Ususfruct, anders zu beurtheilen, als die *separati* im weitern Sinne. Vgl. *Fr.* 13. *pr. D.* 7, 4.

3) Die Gesetze sagen: „*loco sunt fructuum*“ und „*vicem fructuum obtinent,*“ *Fr.* 29. *D.* 5, 3. *Fr.* 34. *D.* 22, 1.

Digitized by Google

Zu den Unkosten (*impensae*) gehört Alles dasjenige, was Jemand einer Sache wegen ausgegeben und verwendet hat; sie sind entweder nothwendige (*necessariae*), wenn sie zur Erhaltung der Sache abzwecken; nützliche (*utiles*), wenn sie zur Vermehrung des Werthes gereichen, und blofs zierende oder unnütze (*voluptuariae*), wenn sie mehr das Gefällige und Zierende, als eine ergiebigere Benutzung der Sache zum Zweck haben [4]).

Dritter Abschnitt.

Von den Forderungen und Klagen.

Inst. III, 14. IV, 6. *Dig.* XLIV, 7. *Cod.* IV, 10.

Erster Absatz.

Von dem römischen Begriffe der Obligatio und von den Arten derselben.

§. 43.

I) *Begriff von Obligatio.*

Ulrici Huber *Animadversiones ad ius in re et ad rem. (in Digressionib. iuris civilis. Franequerae* 1688. *pag.* 296.) — Ernesti *clavis Ciceroniana v. Obligatio.* — Hugo civilist. Magazin Bd. I. nr. 9. Bd. III. nr. 20.

Der römische Begriff von *Obligatio* ist sehr verschieden von der Bedeutung, die man gewöhnlich mit diesem

4) *Fr.* 79. *D.* 50, 16.

Digitized by Google

Worte verbindet. *Obligatio* ist nemlich theils die Handlung, wodurch irgend ein obligatorisches Verhältnifs entsteht und begründet wird, theils aber auch dieses obligatorische Verhältnifs selbst, und zwar wechselseitig sowohl in Hinsicht auf den Schuldner, als in Hinsicht auf den Gläubiger. Es ist also nicht blofs eine Verbindlichkeit des Schuldners, etwas zu leisten, sondern das aus irgend einem obligatorischen Grunde im Ganzen entstandene Verhältnifs darunter zu verstehen [1]). Durch die unbestimmte Definition, welche uns Justinian in den Insitutionen gegeben hat [2]), ist die gewöhnliche, aber unrichtige Ansicht veranlafst worden, als sey *Obligatio* ein lediglich passives, nur allein auf den Schuldner sich beziehendes Verhältnifs.

---

1) Der echt römische Begriff läfst sich direct beweisen aus *Fr.* 7. D. 33, 1; „*In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt. Huee autem talia sunt, si te heredem solum instituam et scribam: uti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit,* (aus dem Grunde, weil zwar ein Debitor, aber kein Creditor vorhanden ist) *sed ad auctoritatem meam conservandam, poteris, si velis, facere. Aliter atque si coherede tibi dato, idem scripsero: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, ut facias, quoniam interest illius;* (es ist jetzt auch ein Creditor vorhanden) *quin etiam si utrique iussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis.*“ Vergl. mein Recht der Forderungen (Leipz. 1815.) S. 3.

2) *pr. I.* 3, 14. „*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura.*“ Justinian definirt hier blofs die *oblig. civilis* (§. 48.) — Der Ausdruck *ius obligationis* kommt vor §. 2. *I.* 2, 2.

Digitized by Google

§. 44.

II) *Verschiedene Arten der Obligatio und allgemeine Grundsätze.*

Hugo Donellus XII. *c* 2. 4. — Jo. Ortwini Westenberg *de caussis obligationum Liber sing. s. Dissertatt. IX. Harderov.* 1704. 8. *et in Opp. T.* 1. *n.* 3.

A) Von der natürlichen Forderung [1]).

Die Haupteintheilung der Forderungen ist die in natürliche und bürgerliche. Jene entspringen aus dem allgemein geltenden Rechte (*ius gentium*), diese aus dem besondern Rechte der Römer (*ius civile*); die ersteren können nur gewisse allgemeine Wirkungen hervorbringen, während die letzteren stets mit einer durch das Civilrecht begründeten Klage (*actio*) verbunden sind. Das Civilrecht überhaupt zerfällt zwar wieder in das Civilrecht im engern Sinne und in das prätorische Recht, und auch die Forderungen sind daher, auf ihren Ursprung gesehen, entweder bürgerliche im engern Sinne, oder prätorische [2]). Da aber die letztern, ihren Wirkungen nach, von den erstern gar nicht verschieden sind, so braucht diese Eintheilung, als blofs historisch, hier nicht weiter berücksichtigt zu werden. — Wir bleiben zunächst bei der *Obligatio naturalis* stehen und müssen untersuchen: 1) wie dieselbe begründet wird, 2) welche Wirkungen

---

1) Das treffliche Werk von Adolph Dietrich Weber: systèmatische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. Vierte Ausg. Schwerin, Bützow und Wismar 1805. 8 verdient hier, ob es gleich von ganz verschiedenen Ansichten ausgeht, eine ruhmvolle Erwähnung.

2) §. 1. *I.* 3, 14. *Fr.* 25. §. 1. D. 44, 7. *Fr.* 178. §. 3. D. 50, 16.

Digitized by Google

sie hervorbringt, und 3) wie die Aufhebung derselben geschieht.

§. 45.

1) *Entstehungsgründe.*

Eine natürliche Forderung wird 1) durch die Art und Weise ihrer Entstehung begründet, und dahin gehörte bei den Römern der bloße Vertrag (*nudum pactum*), d. h. wenn ein solcher Vertrag eingegangen wurde, der nicht ausdrücklich, sey es an und für sich, oder durch gewisse Förmlichkeiten (Stipulation) ausgezeichnet und mit einem Klagrecht versehen war [1]). Eben so kann 2) die *Obligatio naturalis* in einer eigenthümlichen Beschaffenheit der Forderung selbst ihren Grund haben, und dahin gehören folgende Fälle: *a*) die Verbindlichkeit des Liberten, seinem Patron auch nicht versprochene *operas officiales* zu leisten [2]); *b*) die Verbindlichkeit der Ascendenten ausser dem gewalthabenden Vater zur Dotation [3]); *c*) die durch eine gewisse Zeitbestimmung (*dies certus*), oder durch eine solche ungewisse Zeit, die bei Obligationen nicht als Bedingung, sondern nur als Zahlungsfrist (*conventio in diem*) betrachtet wird [4]), aufgeschobene Forderung; vor Existenz der Zeit ist die Forderung

---

1) „*Nuda pactio obligationem* (*i. e. civilem*) *non parit, sed parit exceptionem.*“ *Fr.* 7. §. 4. 7. D. 2, 14. Jo. Car. van Wachendorff *D. de pactis nudis eorumque effectu etc.* (*in* Ej. *Dissertatt. Triade. Tr. ad Rh.* 1730. 8. S. 585. fg. Lud. Friedr. Griesinger von der Verbindlichk. der Verträge. Tübingen 1793. 8. S. 7. fg.

2) *Fr.* 26. §. 12. D. 12 6 vgl *Fr.* 1. 9. D. 38, 1.

3) *Fr.* 32. §. 2. D. 12, 6. (Der *Paterfamilias* war nach der *lex Julia civiliter* verpflichtet, die Tochter oder Enkelin auszustatten.) *Fr.* 19. D. 23 2

4) Dahin gehört die blos in Ansehung der Frage; wann? nicht in Ansehung der Frage: ob? ungewisse Zeit. Man

Digitized by Google

als eine blofs natürliche zu betrachten [5]). Endlich 3) wird eine natürliche Forderung auch durch persönliche Verhältnisse herbeigeführt und zwar *a*) des Schuldners: *α*) bei Freigelassenen hinsichtlich ihrer im Zustande der Sclaverei gemachten Versprechungen [6]); *β*) bei Pupillen, welche ohne Auctorität ihres Vormundes etwas versprochen haben, vorausgesetzt, dafs ihnen das richtige Bewufstseyn nicht fehlt [7]); *γ*) bei Familiensöhnen hinsichtlich der Gelddarlehne [8]); *b*) des Gläubigers: *α*) beim Patron, der seinem Freigelassenen ein in der Sclaverei gemachtes Versprechen erfüllt hat [9]); *β*) beim Vater und Sohn, einerlei, wer von beiden Gläubiger ist [10]); *γ*) bei Brüdern, die in einer väterlichen Gewalt stehen [11]).

---

kann sie die relativ ungewisse Zeit nennen. Das Nähere darüber kommt im Recht d. Forderungen vor.

5) *Fr.* 10. 17. D. 12, 6. *Fr.* 46. D. 45, 1. („*praesens obligatio est*", d. h. es ist wenigstens eine *naturalis* vorhanden.) § 2. *I.* 3, 16. *Statim quidem debetur* (*i. e. naturaliter*): *sed peti prius quam dies venerit, non potest.*" („*Dies cessit quidem, sed nondum venit.*" *Fr.* 213. D. 50, 16.)

6) *Fr.* 14. D. 44, 7. *Fr* 32. D. 50, 17. Ausnahmsweise sollen sie auch bürgerlich verpflichtet werden *ex delicto Fr.* 14. D. 44, 7. und *ex pacto manumissionis.* vergl. jedoch *T. T. C.* IV. 14.

7) *Fr.* 1. *in f.* D. 46, 2. *Fr.* 127. D. 45, 1. Edm. Merillii *Observ.* VII. 4. 5. d'Arnaud *variar. coniecturar.* II, 22. Ueber die Vereinigung des *Fr.* 59. D. 44, 7. und *Fr.* 41. D. 12, 6. mit *Fr.* 1. §. 1. D 46, 2. u. *Fr.* 44. D. 46, 3. s. Weber über die natürl. Verbindl. §. 71.

8) *Fr.* 7. §. 16. *Fr* 9. §. 10. *Fr.* 10. D. 14, 6.

9) *Fr.* 64. D. 12, 6. §. 12. *I.* 4, 1.

10) *Fr.* 38. §. 1. 2. D. 12, 6. vgl. *Fr.* 4. D. 5, 1.

11) *Fr* 38. (*Frater a fratre*) D. 12, 6. vgl. darüber vorzüglich Jac. Cujacii *Comment. ad African. Tr.* IX. *in Opp. Hanov.* 1602. *T.* II. *p.* 582.

Digitized by Google

§. 46.

2) *Wirkungen.*

Die Wirkung der natürlichen Forderung besteht im Allgemeinen darin, dafs zwar kein directer Zwang durch eine vom Gläubiger anzustellende Klage dabei Statt findet, weil jede Klage immer auf einer eigenthümlichen Form und Vorschrift des Civilrechts beruhet, wohl aber ein indirecter Zwang, da ohne allen Zwang gar keine *Obligatio* vorhanden seyn würde [1]). Der indirecte oder mittelbare Zwang läfst sich aber wieder auf doppelte Weise denken: entweder absolut, d. h. so, dafs ausser der vorhandenen Förderung keine andere hinzuzutreten braucht, die *obligatio naturalis* an und für sich bringt schon diese Wirkung hervor; oder relativ, d. h. es mufs noch eine andere bürgerliche oder natürliche Forderung hinzutreten, welche ihrem Daseyn nach durch die schon vorhandene *obligatio naturalis* herbeigeführt wird und folglich in Verbindung mit dieser, oder wenigstens in Beziehung auf diese, die sonst nicht eingetretene Wirknng des Klagrechts hervorbringt. Der absolut-indirecte Zwang äussert sich nun entweder durch Zurückbehaltung des einmal Geleisteten (*soluti retentio*) von Seiten des Gläubigers und, was in der Wirkung dasselbe ist, durch wegfallende Zurückforderung (*cond. indebiti*) von Seiten des geleistet habenden Schuldners [2]); oder durch Compensation, oder Aufrechnung

---

1) *Fr.* 8. D. 44, 7. „*Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis.*“ *Fr.* 108. D. 50, 16. „*Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest.*“

2) *Fr.* 19. D. 12, 6. — „*naturalis obligatio manet: et ideo solutum repeti non potest.*“ *Fr.* 64. D. *eod.* — „*repetere non poterit; quia naturale agnovit debitum.*“

Digitized by Google

der vorhandenen natürlichen Forderung mit einer natürlichen oder bürgerlichen Forderung auf der andern Seite [3]). Der relativ-indirecte Zwang hingegen wird durch alle die vorige natürliche Forderung bestärkenden Geschäfte herbeigeführt, namentlich durch das Constitut [4]), die Bürgschaft [5]), das Pfand [6]) und die Novation [7]).

§. 47.

3) *Aufhebung.*

Die natürliche Forderung wird auf dieselbe Weise wie eine bürgerliche aufgehoben (§. 48.), nur dafs, so oft der *debitor civilis* nicht *ipso iure*, sondern blofs *per exceptionem* frei wird, die Verbindlichkeit des natürlichen Schuldners schon von selbst (*ipso iure*) wegfallen mufs, da die der Einrede zum Grunde liegende Billigkeit, die in der natürlichen Forderung enthaltene Billigkeit nothwendig ganz aufhebt und vernichtet [1]).

---

3) *Fr.* 6. D. 16, 2. „*Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.*“

4) *Fr.* 1. §. 7 D. 13, 5. „*Debitum autem vel natura sufficit*“ (*ut scil. constitui possit.*)

5) *Fr.* 16. §. 3. D. 46, 1. „*Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.*“

6) *Fr.* 5. D. 20, 1. „*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione — — vel tantum naturali.*“

7) *Fr.* 1. D. 46, 2. „*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio.*“ u. s. w.

1) *Fr*, 95. §. 4. D. 46, 3. „*Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur: quod* (*quia*) *vinculum aequitatis quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur.*“

Digitized by Google

§. 48.

B) Von der bürgerlich wirksamen Forderung.

Wenn die bürgerliche Forderung, der nach dem Obigen (§. 44.) jederzeit eine Klage (*actio*) entspricht [1]), auch die auf Billigkeit beruhenden allgemeinen Wirkungen (*oblig. naturalis*) in sich vereinigt, so wird sie bürgerlich wirksame Forderung (*obligatio civilis efficax, plena* oder *cum re*) genannt. Sie ist Forderung im eigentlichen Sinne, während die *obligatio naturalis*, so wie die *oblig. civil. inefficax* (§. 49.) nur abusiv diesen Namen verdienen [2]). — Die Entstehungsarten der bürgerlichen Forderungen werden von den römischen Juristen auf drei Classen zurückgeführt: (klagbare) Verträge, widerrechtliche Handlungen und vermischte Fälle (*variae causarum figurae*) [3]). Die Aufhebung derselben erfolgt: entweder

---

1) Dafs *obligatio* schlechthin oder *oblig. civilis* und *actio* einander entsprechende Begriffe, oder Correlate sind, erhellet schon aus der Ueberschrift der Titel in den Pandekten und dem Codex; *de obligationibus et actionibus.*

2) *Fr.* 16. §. 4. *D.* 46, 1. „*Licet minus proprie debere dicantur naturales debitores: per abusionem intelligi possunt debitores.*“ Vgl. *Fr.* 7. §. 4. *D.* 2, 14.

3) Will man von der römischen Methode abweichen und auf den obligatorischen Grund selbst Rücksicht nehmen, so lassen sich die Forderungen überhaupt in unmittelbare und mittelbare eintheilen; die ersteren beruhen auf unmittelbar gesetzlicher Vorschrift, die letzteren entweder auf Vertrag, oder auf einer einseitigen, erlaubten oder unerlaubten Handlung. Vgl. A. D. Weber vorläufige Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit und den verschiedenen Arten derselben, welche der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichk. vorausgeschickt ist. §. 9. fg.

Digitized by Google

von Rechtswegen (*ipso iure*), d. h. so, dafs die Auflösung sich von selbst und ohne Weiteres durch einen gewissen Umstand ereignet, oder nicht, sondern die Auflösung mufs entweder durch eine Klage auf Rescission und Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand [4]), oder durch eine die Forderung entkräftende Einrede herbeigeführt werden.

§. 49.

C) Von der bürgerlich unwirksamen Forderung.

Unter der bürgerlich unwirksamen Forderung (*obligatio civilis inefficax*, *minus plena* oder *sine re*) verstehen wir diejenige, welche zwar nach dem Civilrecht eine Klage hervorbringt, aber eine solche, die durch eine entgegenstehende Billigkeit, durch eine vorzuschützende Einrede (*exceptio*) ihre Kraft und Wirkung verlieren kann [1]). Die Entstehung der *oblig. civilis sine re* ist dieselbe, wie der *cum re;* und eben so entsteht die Einrede, wodurch

---

4) Die Lehre von der *Restitutio in integrum* beschränkt sich zwar, wie Heise in s. Grundrifs S. 190. richtig bemerkt, nicht blofs auf die Forderungen, sondern ist ein Institut, wodurch fast alle rechtliche Verhältnisse, mit wenigen Ausnahmen, wieder aufgehoben werden können; da indessen nicht zu läugnen ist, dafs sich diese Lehre vorzüglich auf Forderungen bezieht, und da sich sonst im System keine schickliche Stelle dafür zeigt, so soll dieselbe unten im besondern Theile bei der Beendigung der Forderungen abgehandelt werden.

1) Es gilt der bekannte Grundsatz: „*nihil interest utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*“ *Fr.* 112. *D.* 50, 17. — Jede Einrede ist immer als eine *obligatio naturalis* oder als eine dem strengen, aber unbilligen Rechte entgegenstehende Billigkeit zu betrachten. Die Gesetze machen ausdrücklich auf das „*aequum esse*“ aufmerksam. *Fr.* 38. §. 1. *Fr.* 72. *pr. D.* 46, 3. u. s. w.

Digitized by Google

gerade die Forderung *sine re* wird, wie jede andere Einrede auch. Was die Wirkungen betrifft, so ist die Forderung, bei vorgeschützter Einrede, in der That ganz wirkungslos. Wird jedoch die Einrede, von welcher Alles abhängt, nicht vorgeschützt, so hat natürlich die Forderung, welche dadurch unwirksam geworden seyn würde, nunmehr volle Wirkung [2]), und auch wenn die Einrede vorgeschützt wird, kann bisweilen, wenn eine die Einrede wieder entkräftende Replik vorhanden ist, die Forderung dennoch erhalten werden [3]), eben so endlich in einem einzigen Falle, bei dem bezahlten Gelddarlehn eines Familiensohnes, eine *soluti retentio* begründen [4]).

---

2) Hierdurch gerade unterscheidet sich die *obligatio inefficax* von der *obl. nulla* oder *iure reprobata.*

3) Vgl. *Fr.* 27. §. 2. *D.* 2, 14. „*Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur.*, — *c.* 12. *C.* 2, 13.

4) Der Grund ist, weil das *SCtum Macedonianum* die natürliche Forderung nicht gänzlich aufgehoben hat, und weil die das Geschäft unwirksam machende Einrede hier nicht, wie sonst, zur Begünstigung des Schuldners gegeben wird, sondern zur Bestrafung des Gläubigers. Vergl. *Fr.* 40. *D.* 12, 6. *Fr.* 9. *in f. D.* 14, 6.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Von den Klagen (actiones), welche den bürgerlichen Forderungen entsprechen, und den Einreden, welche der Beklagte dagegen hat.

Inst. IV, 6. *Dig.* XLIV, 7. *Cod.* IV, 10.

Hugon. Donelli *Commentarius ad tit. Inst. de actionib. Antwerp.* 1581. *Lugd.* 1584. *et* 1630. 8. (*In operibus ex ed. Lucensi Vol.* VI. *p.* 502. *seqq.*) — Iust. Henning. Böhmer *doctrina de actionib. ad praxin hodiernam adcommodata. ed. noviss. Frcf. ad M.* 1771. 8. — Joh. Ludw. Schmidt practisches Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einreden; neueste Ausg. mit einigen Berichtigungen u. Zusätzen von A. D. Weber. Jena 1815. 8. — Ad. Dietr. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen u. Einreden. St. 1—3. Schwerin u. Wismar 1795—1802.

§. 50.

I) *Von den Klagen.*

A) Begriff und Eintheilungen.

Da Klage (*actio*) im engern Sinne immer ein solches Verhältnifs bezeichnet, dem eine bürgerlich wirksame Forderung (*obligatio civilis*) zum Grunde liegt (§. 44. 48.); so ist es sehr natürlich, auf die allgemeine Theorie der Obligationen die der Actionen folgen zu lassen. Klage ist überhaupt das Mittel, eine uns zustehende Forderung vor Gericht durchzusetzen und geltend zu machen [1]).

1) Die Definition im *Pr. I.* 4, 6.: „*Actio est ius persequendi in in iudicio, quod sibi debetur,*“ bezieht sich eigentlich blofs auf den engern Begriff von *actio*, als Correlat von *obliga-*

Digitized by Google

Die Haupteintheilungen der Klagen in *actiones in rem* und *in personam*, in *actiones ordinariae* und *extraordinariae*, und in *bonae fidei* und *stricti iuris* machen den Inhalt der folgenden Paragraphen aus. Ausserdem ist aber hier noch Folgendes zu bemerken: 1) der Ausdruck *actio directa* kommt als doppelter Gegensatz vor, theils zu *a. contraria*, theils zu *a. utilis*. Die *actio contraria* ist jederzeit auf Schadloshaltung des Beklagten oder Schuldners gerichtet, während die *a. directa* die ursprüngliche Hauptforderung zum Gegenstande hat. *Actio utilis* ist diejenige, welche aus Gründen der Billigkeit und vermöge einer erweiternden Interpretation auch bei andern nahe verwandten Rechtsverhältnissen gestattet wird; *a. directa* hingegen, welche unmittelbar in den Gesetzen enthalten ist, ohne dafs dabei eine analoge Anwendung nöthig ist. — 2) *Actio in factum praescriptis verbis* ist diejenige, wobei die Klagformel nicht im Voraus vom Prätor im Edicte bestimmt war, sondern welche jedesmal nach Beschaffenheit des zum Grunde liegenden Factums besonders vorgeschrieben wurde. Häufig wird übrigens der Ausdruck *actio in factum* überhaupt für Klage der Billigkeit genommen. 3) *Actio rei persecutoriae* bezieht sich, wie der Name sagt, auf Verfolgung einer Sache, *poenalis* auf Entrichtung einer Privatstrafe, *mixta* auf Beides zugleich.

§. 51.

1) *Actio in rem und in personam.*

Nimmt man auf das der Klage zum Grunde liegende Recht Rücksicht, so ist dieselbe entweder *Actio in rem*

---

tio, wie schon aus den Worten „*in iudicio*“ und „*quod — debetur*“ bewiesen werden kann s. Hugo's Rechtsgesch. §. 100. Im weitern Sinne wird aber Klage für jedes Rechtsmittel überhaupt genommen.

Digitized by Google

oder *in personam* [1]). Bei jeder *actio* liegt zwar ein obligatorisches Verhältnifs zum Grunde, und in sofern ist jedes *ius actionis* zugleich ein *ius obligationis;* es kommt aber darauf an, ob entweder das Recht selbst schon vor erhobenem Rechtsstreite ein *ius obligationis* war, oder ob dasselbe erst mit und durch den Rechtsstreit entstanden ist. Das Erstere ist bei jeder *actio ex obligatione* der Fall; das Letztere hingegen tritt ein, so oft wir uns irgend ein anderes Recht im Streite denken, wobei kein vorhergegangenes obligatorisches Verhältnifs zu der Person des Beklagten Statt findet, sondern dieses erst durch die angestellte Klage und darauf erfolgte Litiscontestation entsteht [2]).

§. 52.

2) *Actio ordinaria und extraordinaria.*

Die gewöhnliche Form des alten römischen Procefses war die, dafs der Prätor das Ganze dirigirte, aber das Factum nicht selbst untersuchte, sondern dazu einen Privatmann (*iudex pedaneus*) instruirte, welcher, nach beendigter Untersuchung, der ihm vom Prätor vorgeschriebenen Formel gemäfs, in der Sache erkannte (*sententiam dabat*). Des Prätors Geschäft bestand also darin, dem Judex die

---

1) Justinian stellt im §. 1. *I.* 4, 6. diese Eintheilung der Klagen mit Recht als eine durchgreifende und völlig erschöpfende dar, wenn er sagt: „*Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur: summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.*“ Vgl. *Fr.* 25. *D.* 44, 7.

2) Gewöhnlich wird dieser ganze Unterschied mifsverstanden und zu sehr beschränkt; obgleich auch die Formen des älteren römischen Processes mit der richtigen Ansicht vollkommen übereinstimmten. Vergl. Sigonius *de iudiciis Lib,* I. *c.* 21. Hugo a. a. O. §. 116.

Digitized by Google

Entscheidungsformel vorzuschreiben und demnächst für die Execution zu sorgen. Wenn nun dieser gewöhnliche Gang zwischen Prätor und Judex (*Ordo iudiciorum privatorum*) beobachtet wurde, so fand eine *Actio ordinaria* Statt; wenn hingegen der Prätor, ausnahmsweise (*extra ordinem*) für sich allein entschied, eine *actio extraordinaria*. Zur Zeit der christlichen Kaiser hörte diese Vertheilung der Geschäfte zwischen Prätor und Judex auf, und der Prätor untersuchte und entschied nunmehr stets *extra ordinem*. Zwei besondere Arten des *iudicii ordinarii* waren die Interdicte und Condictionen, welche sich, wenigstens dem Namen nach, auch im neuern römischen Rechte erhalten haben und worüber wir daher einige allgemeine Bemerkungen folgen lassen wollen.

§. 53.

a) Von den Interdicten.

α) überhaupt.

Inst. IV, 15. *Dig.* XLIII, 1. *Cod.* VIII, 1.

Jos. Fernandez de Retes *de interdictis et remediis possessoriis* (*in* Meerm. *thes. t.* VII. *p.* 528. *sq.*) — von Savigny Recht des Besitzes. Abschn. 4.

Ursprünglich war unter Interdict ein summarisches Verfahren vor dem Judex zu verstehen, nach einer besonderen Instruction des Prätors, welche *interdictum* oder *interdicta formula* genannt wurde [1]). Die Interdicte hörten nun zwar als einzelne Art der *actio ordinaria* mit dem *ordo*

1) Theophilus *pr. I.* 4, 13. sagt; „Ἰντερδίκτον ἐστὶν ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς, ἢ ὡσανεὶ νομῆς ἀγωνιζομένων γινομένη οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλά ῥυθμίζουσα τὸν δικαστὴν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως.“

ordo iudiciorum überhaupt auf und es wurde Statt ihrer, wie in allen übrigen Fällen, eine *actio extraordinaria*, d. h. ein Rechtsmittel schlechthin gegeben; dennoch behielt man die Benennung bei, und es sollte auch fernerhin auf dieselbe summarische Weise dabei untersucht und gesprochen werden, wie ehemals [2]). — Ihrem rechtlichen Grunde nach beziehen sich die Interdicte entweder auf eine dem Kläger zustehende *possessio*, oder auf irgend sonst ein demselben erworbenes Recht. Die so genannten possessorischen [3]) Interdicte sind entweder *Interdicta retinendae* oder *recuperandae possessionis*; die *Interdicta adipiscendae possessionis*, welche man gewöhnlich noch anzuführen pflegt, gehören aber nicht zu den possessorischen, da sie sich auf keinen dem Kläger zustehenden oder zugestandenen Besitz gründen [4]). — Nach dem Verhältnifs der Parteien zu einander sind die Interdicte entweder *simplicia* oder *duplicia* [5]); die

---

2) §. 8. *I.* 4, 15. „*De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*“ *c.* 3. *C.* 8, 1. „*Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent: tamen ad exemptum eorum res agitur.*“

3) In dem *Fr.* 20. *D.* 8, 1. werden sie ausdrücklich „*interdicta veluti possessoria*“ genannt. Die sonstigen Interdicte kann man im Gegensatz *petitoria* nennen

4) Aus diesem Grunde kommen sie auch im *Fr.* 1. §. 4. *D.* 43, 17. gar nicht vor. Es heifst darin: „*Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus.*“

5) §. 7. *in f. I.* 4, 15. „*Ideo — duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris id his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur: sed uterusque tam rei, quam actoris partes sustinet.*“ Vgl. *Fr.* 37. §. 1. D. 44, 7.

Digitized by Google

letzteren unterscheiden sich dadurch von den ersteren, dafs bei ihnen der Kläger und Beklagte gleiche Rechte haben, mithin auch der Kläger, eben so als wenn er Beklagter wäre, verurtheilt werden kann, während bei den einfachen Interdicten, wenn eine Entscheidung des Streites für den Kläger nicht Statt findet, nur eine Abweisung desselben rechtlich möglich ist. In Hinsicht auf ihren Inhalt werden endlich die Interdicte in *prohibitoria*, *restitutoria* und *exhibitoria* eingetheilt, je nachdem sie entweder ein Verbot oder einen Befehl zur Restitution oder Exhibition enthalten.

§. 54.

β) allgemeine classificirende Uebersicht [1]).

Die in dem ganzen Rechtssystem zerstreuten Interdicte lassen sich in folgender Uebersicht zusammenfassen: I) Prohibitorische Interdicte: *A*) possessorische: 1) zum Schutz des eigentlichen Besitzes (*Interd. retinendae possessionis*): *a*) *uti possidetis* [2]), *b*) *utrubi* [3]); 2) der *iurium quasi possessio*: *a*) *de superficiebus* [4]), *b*) *de itinere actuque privato* [5]), *c*) *de aqua cottidiana et aestiva* [6]), *d*) *de rivis* [7]), *e*) *de fonte* [8]), *f*) *de cloacis* [9]). — B) Nichtpossessorische: 1) zum Schutze der *res sacrae religiosae* und *publicae* (s. §. 35. Note 1. 2. §. 36. Note 3.); 2) des Eigenthumes und seiner Benutzung, insonderheit der *glande legenda* [10]) und *de arboribus caedendis* [11]);

1) Donellus *in Comm.* XV, 38. giebt eine andere, aber, wie es scheint, etwas zu verwickelte Uebersicht. In der zweiten Ausgabe meiner systematischen Darstellung §. 46. hatte ich seine Ansichten gröfstentheils beibehalten.

2) *Dig.* XLIII, 17. *Cod.* VIII, 6. 3) *Dig.* XLIII, 31.

4) *Dig.* XLIII, 18. 5) *Dig.* XLIII, 19.

6) *Dig.* XLIII, 20. 7) *Dig.* XLIII, 21.

8) *Dig.* XLIII, 22. 9) *Dig.* XLIII, 23.

10) *Dig.* XLIII, 28. 11) *Dig.* XLIII, 27.

Digitized by Google

ferner 3) das *Interdictum de liberis ducendis* [12]; 4) *de migrando* [13]; 5) *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* [14]). — II) Exhibitorische Interdicte: 1) *de tabulis exhibendis* [15]); 2) *de libero homine exhibendo* [16]) und *de liberis exhibendis* [17]). — III) Restitutorische Interdicte: A) possessorische: 1) *de vi et vi armata* (*unde vi*) [18]), 2) *de clandestina possessione* [19]), 3) *de precario* [20]). B) Nichtpossessorische: 1) *quod vi aut clam* [21]); 2) *de precario* [22]); 3) verschiedene so genannte *Interdicta adipiscendae possessionis*: a) *quorum bonorum* [23]), b) *quod legatorum* [24]), c) *Interd. fraudatorium* [25]); 4) *Interd. Salvianum* [26]).

---

12) *Dig.* XLIII, 30. *Cod.* VIII, 8.

13) *Dig.* XLIII, 32. *Cod.* VIII, 9.

14) *Dig.* VLIII, 4.

15) *Dig.* XLIII, 5. *Cod.* VIII, 7.

16) *Dig.* XLIII, 29. *Cod.* VIII, 8.

17) *Dig.* XLIII, 30. *Cod.* VIII, 8.

18) *Dig.* XLIII, 16. *Cod.* VIII, 4.

19) Vgl. *Fr.* 7. §. 5. D. 10, 3.

20) *Fr.* 4. §. 1. D. 43, 16. „*Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.*“

21) *Dig.* XLIII, 24.

22) Wenn die *possessio* nicht übertragen ist. *Fr.* 6. §. 2. D. 43, 26: „*Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet: sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.*“ Vgl. *Fr.* 10. *pr.* §. 1. D. 41, 2. Vgl. von Savigny R. d. Besitzes §. 25.

23) *Dig.* XLIII, 2. *Cod.* VIII, 2.

24) *Dig.* XLIII, 3. *Cod.* VIII, 3.

25) Vgl. *Fr.* 67. §. 1. D. 36, 1. *Fr.* 96. *pr.* D. 46, 3.

26) *Dig.* XLIII, 33. *Cod.* VIII, 4.

Digitized by Google

§. 55.

b) Von den Condictionen.

Io. Glieb de Hackemann *D. de origine condiction. Frf. ad Viadr.* 1745. 4. — Io. Christ. Woltär *D. de condiction. indole atque natura. Hal.* 1777. 4. — Hugo civilist. Magazin Bd. I. S. 463.

Die *condictio* verhielt sich zu der *actio* auf ähnliche Weise wie das *interdictum*, es war gleichfalls eine *species actionis ordinariae* und es mufste dabei eine *denunciatio* des Klägers an den Beklagten geschehen, wovon das Rechtsmittel seinen Namen erhalten haben soll [1]). Worin aber diese zu Justinian's Zeit schon veraltete Form bestanden habe, läfst sich so wenig, wie das eigentliche Wesen der alten Condictionen, bestimmt angeben. Nach der richtigen Erklärung wurden ursprünglich nur diejenigen Klagen Condictionen genannt, welche ihrer Natur nach auf ein *dare oportere* giengen, welche also nicht jedes Herausgeben (*tradere*) dessen, wovon der Kläger schon Eigenthümer war, sondern eine Uebertragung des Eigenthumes bewirken sollten [2]).

---

1) §. 15. *I.* 4, 6. „*Condicere est denunciare prisca lingua nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.*“ Vgl. Theophilus *ad h. l.* — (Gothofr. *ad c.* 1. *C. Theod.* 2, 4. *ex ed.* Ritteri *T.* I. *p.* 112. Jan. a Costa *ad* §. 15. *I. cit.*)

2) s. Hugo a. a. O. — In dem *Fr.* 25. *pr.* D. 44, 7. wo es heifst: „*Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur*“, hat Ulpian nur das Allgemeine, dafs die Condictionen gleichfalls persönliche Klagen sind, vor Augen gehabt. — Wir gebrauchen den Ausdruck *condictio* für *actio* nur da, wo er gesetzlich vorkommt und beibehalten ist.

Digitized by Google

§. 56.

3) *Actio bonae fidei und stricti iuris.*

Nic. Hier. Gundling *D. de usu practico actionum b. f. et str. iur. Hal.* 1724. 4. (*In Excercitatt. acad. nr.* 15.) — Abr. Wieling *Lection. iur. civ.* I, 16.

Actio bonae fidei (*arbitrium*) war eine solche, bei deren Untersuchung und Entscheidung der Judex nicht genau an die ihm vorgeschriebene prätorische Formel gebunden war, sondern zugleich alles dasjenige berücksichtigen konnte, was die Billigkeit und Natur der Sache mit sich brachte. *Actio stricti iuris* (*iudicium*) hingegen, wo der Judex sich genau an den Wortverstand der Klagformel halten mufste, insonderheit bei Geschäften, die mit feierlichen Worten (durch Stipulation) errichtet waren [1]). Obgleich diese Eintheilung schon zu Justinian's Zeit unpractisch war, so sind doch selbst im Justinianeischen Rechte noch Spuren davon übrig geblieben. — Mit den *actiones bonae fidei* sind die so genannten *actiones arbitrariae* [2]) nicht zu verwechseln. Es sind darunter diejenigen zu verstehen, wobei in der Hauptsache Alles vom richterlichen Ermessen abhängt, oder wobei im Falle des Ungehorsams eine erhöhete Verurtheilung eintritt [3]).

---

1) §. 28. 30. *I.* 4, 6. „*In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.*“

2) Io. Matth. Magni *ration. et differ. iur. civ. Lib.* I. *de actionib. arbitrariis* (*in* Meerm. *thes. T.* III. G. de Gast *de act. arbitr.* (*ibid. T.* VI.)

3) Vgl. *Fr.* 3. D. 13, 4. §. 31. *I.* 4, 6. „— — *actiones arbitrarias, i. e. ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat — — — condemnari debeat. — — In his enim actionibus — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua*

Digitized by Google

§. 57.

B) Allgemeine die Verjährung und Uebertragung der Klagen betreffende Grundsätze.

1) *Von der Verjährung der Klagen.* (*Praescriptio.*)

Inst. IV, 12. *Dig.* XLIV, 3.

Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. 8. S. 61. fg. — Burchard Wilh. Pfeiffer über den wesentl. Unterschied der adquisitiven und exstinctiven Verjährung u. s. w. (in dessen vermischten Aufsätzen. Marb. 1803. 6. S. 272. fg.) — Aug. Siegm. Kori Theorie d. Verjähr. Lpz. 1811. S. 83. 155. 183. fg. (Die sonstige Literatur s. unten bei der Usucapion.)

a) Begriff und allgemeine Erfordernisse.

Präscription oder, wie man sie gewöhnlich nennt, erlöschende Verjährung ist Verlust des Klagrechts durch unterlassene Ausübung desselben in einer gewissen Zeit. Der Schuldner gründete hierauf seine Einrede und das ganze Institut erhielt davon den Namen; denn *praescriptio* ist bekanntlich mit *exceptio* völlig gleichbedeutend. (s. §. 61.) Eine solche Verjährung findet aber nur unter folgenden Voraussetzungen Statt: 1) Die Anstellung der Klage mufs rechtlich möglich seyn. (*Agere non valenti non currit praescriptio.*) [1]) 2) Der Verjährungsbesitz darf nicht unterbrochen seyn und auch nicht über seinen eigentlichen Gegenstand ausgedehnt werden. (*Tantum est praescriptum, quantum possesum.*) [2]). 3) Der

actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat." Vgl Vinnius ad §. 31. *I. cit.* Thibaut System d. Pandektenrechts §. 69.

1) *c.* 1. §. 2. *C.* 7, 40.

2) Ueber die Anwendung dieses Grundsatzes auf die *actio finium regundorum* und das Recht, gewisse Gefälle in Terminen zu fordern, s. Thibaut System §. 1034.

Digitized by Google

Verjährende darf das durch Verjährung auszuschliessende Recht seines Gegners nicht anerkannt haben. 4) Sollten die Bedingungen der Usucapion vorhanden seyn, so folgt aus dieser, als dem gröfsern Rechte, von selbst die Präscription, als das geringere Recht [3]).

§. 58.

b) Insonderheit von der Verjährungszeit.

α) Ordentliche Verjährungszeit.

Ursprünglich war das Klagrecht, so wenig wie jedes andere Recht, in der Regel an eine gewisse Zeit der Ausübung gebunden; doch gab es schon in sehr früher Zeit Ausnahmen [1]). Daher nannte man anfänglich die Klagen, deren Ausübung von keiner bestimmten Zeit abhieng, *perpetuae*, im Gegensatz zu den *act. temporales*, wo dieses ausnahmsweise der Fall war. Erst Kaiser Theodos d. J. verordnete, dafs gewöhnlich bei den Klagen eine Verjährungszeit von dreifsig Jahren eintreten sollte [2]), und seitdem heifst *actio perpetua* diejenige, welche 30 J. dauert, *actio temporalis* jede andere, welche nicht in dieser, sondern in einer kürzern Zeit Statt findet.

§. 59.

β) Ausserordentliche Verjährungszeit.

Von der in der Regel eintretenden Verjährungszeit giebt es mehrere Ausnahmen; manche Klagen werden in

---

3) *Plus semper in se continet, quod est minus.* Vergl. *Fr.* 21. D. 50, 17.

1) So giengen z. B. die prätorischen Restitutionen gewöhnlich in einem *annus utilis* (*quadriennium continuum*, vgl. *c.* 7. *C.* 2, 53.) verloren.

2) *c. un. C. Th.* 4, 14. (*de actionib. certo tempore finiendis*) vgl. *c.* 3. 4. *C.* 7, 39. *c.* 1. *C.* 7, 40.

Digitized by Google

längerer, manche in kürzerer Zeit verjährt. 1) In längerer Zeit die *condictio lusu perditi* in 50 Jahren [1]) und die *actio hypothecaria* unter gewissen Voraussetzungen in 40 Jahren [2]). Ausserdem ist in einigen der Fälle, wo die Usucapion 40 und mehrere Jahre begreift, diese Zeit zugleich von der Präscription zu verstehen, insonderheit dauern solche Klagen 40 Jahre, welche Unmündigen [3]), Kirchen und milden Stiftungen [4]) oder dem Fiscus [5]) zustehen, oder welche solche Rechte betreffen, worüber ein Proceſs entstanden, aber liegen geblieben ist [6]). 2) In kürzerer Zeit werden verjährt, namentlich *a*) die *querela inofficiosi testamenti* und *inofficiosae donationis* in 5 Jahren [7]), *b*) die wider den Fiscus zustehende Klage des Eigenthümers, wegen der von jenem veräusserten Sachen [8]), so wie umgekehrt die Klage des Fiscus gegen den Besitzer erbloser Güter in 4 Jahren [9]); *c*) die Klage auf Untersuchung des *status* eines Verstorbenen zu dringen in 5 Jahren [10]); *d*) die persönliche Klage auf Einräumung eines Nieſsbrauches in 10 oder 20 Jahren [11]); *e*) die Klage aus dem *pactum commissorium* beim Verkaufe sogleich nach dem Zeitpuncte der Verwirkung [12]) u. s. w.

---

1) *c.* 3. *C.* 3, 43. 2) *c.* 7. *C.* 7, 39.

3) *c.* 3. 4. *C.* 7, 39. vgl. *Fr.* 10. D. 8, 6.

4) *Nov.* 111. *c.* 1. 5) *c.* 4. 6. *C.* 7, 39.

6) *c.* 9. *C. eod. c.* 1. §. 1. *C.* 7, 40.

7) *Fr.* 8. *in f.* D. 5, 2. *c.* 34. *C.* 3, 28. *c.* 9. *C.* 3, 29.

8) §. 14. *I.* 2, 6 *c.* 2. 3. *C.* 7, 57.

9) *Fr.* 1. §. 2. D. 49, 14. *c.* 1. *C.* 7, 37.

10) *T. T. D.* 40, 15. *C.* 7, 21.

11) *c.* 16, §. 1. *C.* 3, 33.

12) *Fr.* 4. §. 2. D. 18, 3. — Vgl. überhaupt **Thibaut System** §. 1035—37. **Kori** a. a. O. §. 97—171.

Digitized by Google

§. 60.

2) *Von dem Uebergang der Klagen auf und wider die Erben.*

Inst. IV, 12. *Cod.* IV, 17.

Donellus XV, 52. 53. — W. A. Lauterbach *de transitione actionum. Tub.* 1653. (*in Dissertatt. Vol.* III.)

Was den Uebergang der Klagen auf und wider die Erben betrifft, so mufs man die Zeit vor und nach geschehener Litiscontestation sorgfältig unterscheiden. 1) Nach der vor dem Tode des Erblassers erfolgten Litiscontestation gehen alle dadurch rechtshängig gewordenen Klagen sowohl auf die Erben des Klägers, als wider die Erben des Beklagten über. (*Lis pendens s. instantia transit ad et in heredes.*) [1] 2) Wenn aber die Litiscontestation noch nicht erfolgt ist, so werden *a*) alle *actiones rei persecutoriae*, die aus keinem Delict entstehen, sowohl auf als wider die Erben übertragen; *b*) die *actiones poenales privatae* [2] und die aus Delicten entstehenden *actiones rei persecutoriae* [3] stehen zwar den Erben, aber nicht wider die Erben zu; *c*) solche Klagen, in welchen mehr *vindictae* als *rei persecutio* enthalten ist (*actiones meram vin-*

---

1) §. 1. *in f. I.* 4, 12. „*Actiones — si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae: et heredibus dantur et contra heredes transeunt.*“ Vergl. *Fr.* 26. 58. D. 44, 7. *Fr.* 139. 164. D. 50, 17.

2) §. 1. *I. cit.* „*Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem rei non competere.*“

3) §. 1. *I. cit.* „*Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit.*“ Vgl. *Fr.* 16. §. 2. D. 4, 2. *Fr.* 52. D. 6, 1. *Fr.* 23. §. 8. D. 9, 2. *c. un. C.* 4, 17. (Abweichende Bestimmungen des canonischen Rechts *c.* 5. *X.* 5, 17. *c.* 3. *X.* 3, 21.)

Digitized by Google

dictam spirantes) sind weder den Erben, noch wider die Erben gestattet [4]).

§. 61.

II) *Von den Einreden.*

Inst. IV, 13. *Dig.* XLIV, 1. *Cod.* VIII, 36.

Chr. W. Wehrn theoretisch-pract. Grundrifs der Lehre von den gerichtl. Einwendungen. Lpz. 1790. 8. — Karl Leop. Goldschmidt über Litiscontestatiou u. Einreden. Fkf. a. M. 1812. 8.

Der Widerspruch des Beklagten ist entweder auf die in der Klage enthaltenen factischen Umstände gerichtet (Litiscontestation), oder auf die vom Kläger angeführte Rechtsregel und deren Anwendung. Wird in dem letzteren Fall die Rechtsregel ganz geläugnet, so ist eigentlich kein Rechtsstreit vorhanden, sondern Alles hängt sofort von der richterlichen Entscheidung ab; wird hingegen die Anwendung derselben auf den vorliegenden Fall bestritten, so entsteht eine Einrede (*exceptio* oder *praescriptio*). Betrachtet man diese Einrede als ein persönliches Recht des Beklagten gegen den Kläger (*ius exceptionis*), so läfst sich wieder die Zeit der Ausübung und der Uebergang auf und wider die Erben besonders betrachten. Was die Zeit der Ausübung betrifft, so kann von Verjährung hier begreiflich die Rede nicht seyn, da es nicht vom Beklagten abhängt, wann er sein Recht gebrauchen will. Die Ausdrücke *exceptio temporalis* (*dilatoria*) und *perpetua* (*peremtoria*) werden demnach hier in einer andern Bedeutung gebraucht, als oben

4) z. B. *iniuriarum actio et si qua alia similis inveniatur* (*querela inofficiosi*) §. 1. *I. cit.* Vergl. *Fr.* 4. D. 3, 6. *Fr.* 6. 7. D. 5, 2. *Fr.* 13, *pr. D.* 47, 10. *c.* 7. *C.* 8, 56.

Digitized by Google

bei der *actio* [1]). Hinsichtlich des Ueberganges auf und wider die Erben ist Folgendes zu bemerken: 1) die Einrede geht auf alle juristische Successoren des Beklagten oder Schuldners über [3]), einerlei, es mögen Universal- oder Singularsuccessoren seyn; doch giebt es Ausnahmen, wo entweder die Einrede nicht auf die juristischen Successoren übertragen werden kann [2]), oder wo die Einrede selbst solchen Personen zu statten kommt, die nicht als juristische Successoren betrachtet werden können [4]). 2) Wider die juristischen Successoren des Klägers oder Gläubigers kann die Einrede alsdann nicht gebraucht werden, wenn sich dieselbe auf ein persönliches widerrechtliches Factum des Klägers, d. i. auf einen begangenen Dolus gründet; denn dafür ist der *successor universalis*, nur in so fern er sich dadurch reicher befindet, der in gutem Glauben befindliche *successor singularis* aber gar nicht einzustehen verpflichtet.

---

1) §. 9. 10. *I h. t.* „*Perpetuae et peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt.* — — *Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt.*“

2) So oft keine juristische Succession vorhanden ist, kann auch von einer Uebertragung der Einrede die Rede nicht seyn, und aus diesem Grunde läfst sich *Fr.* 10. D. 45, 2. erklären.

3) Diese Ausnahmen können begründet werden entweder durch Vertrag, wenn verabredet ist, dafs die Einrede auf eine bestimmte Person beschränkt seyn soll, oder durch unmittelbar gesetzliche Vorschrift, z. B. *exceptio competentiae.* — (*Exceptiones personae et rei cohaerentes. Fr.* 7. D. 44, 1.)

4) Dieses ist insonderheit bei den Bürgen der Fall, weil hier der Nachtheil der dem Bürgen (als Nichtsuccessor) abgeschlagenen Einrede auf den Hauptschuldner zurückfallen würde. Vgl. §. 4. *I.* 4, 14.

5) *Fr.* 4. §. 33. D. 44, 4. „*Exceptio doli complectitur personam eius, qui dolo fecit.*“

Digitized by Google

§. 62.

III) *Von den Repliken, Dupliken u. s. w.*

Inst. IV, 14.

Wenn der Kläger wieder etwas gegen die *Exceptio* des Beklagten einwendet, so wird diese Verhandlung, welche nichts weiter ist, als eine Einwendung gegen die vom Beklagten vorgebrachte Einrede (*exceptionis exceptio*) Replik genannt [1]). Sollte endlich auch der Beklagte, welcher bei dem Rechtsstreite jederzeit das letzte Wort behalten muſs, wider den replicirenden Vortrag des Klägers etwas vorbringen, so heiſst dieses Duplik (*Duplicatio*) [2]).

---

1) „*Quia per eam replicatur atque resolvitur ius exceptionis.*“ *Pr. I.* 4, 14.

2) Vgl. §. 1. 2. *I. eod.*

Drittes Hauptstück.

Von der verbindlichen Kraft, Dauer und Aufhebung des Rechts.

Erster Abschnitt.

Von der verbindlichen Kraft des Rechts.

§. 63.

I) *Allgemeine Grundsätze.*

Donellus *Lib.* I. *cap.* 17. — Thibaut System §. 24—28.

Die verbindliche Kraft des Rechts erstreckt sich auf alle Personen und Sachen, die der Staatsgewalt des Gesetzgebers unterworfen sind [1]; sie kann jedoch erst von der Zeit an beginnen, wo das Recht selbst als gehörig begründet erscheinet, namentlich beim geschriebenen Rechte von der Zeit der Promulgation oder des ausdrücklich

1) Die Frage: ob der Regent unabhängig von seinen Gesetzen sey? ist bekanntlich nach röm. Rechte sehr bestritten. Das *Fr.* 31. D. 1, 3. sagt zwar: „*Princeps legibus solutus est.*“ Doch ist dieser Satz wohl nur auf die *leges caducariae*, zufolge der Ueberschrift des Fragmentes, zu beschränken. Vgl. Cuiacii *observatt.* XV, 30. und überhaupt Donelli *Comm.* I, 17. Merillii *observatt.* VIII, 19. Wachendorf *D. de principe legib. soluto* (*in Dissert. triade. Ultrajecti* 1730.) Schnaubert *de pr. legib. sol, Ien.* 1793. übersetzt von Hagemeister. Rost. u. Lpz. 1795.

Digitized by Google

vom Gesetzgeber bekannt gemachten Willens, dafs etwas als Recht gelten soll [2]). Die Wirkung des Rechts kann jedoch nur auf die Zukunft und nicht auf die Vergangenheit bezogen werden, daher in der Regel von einer rückwirkenden Kraft des Rechts keine Rede seyn kann [3]). Jede Verletzung des Rechtes ist mit einem Nachtheile oder einer Strafe verbunden; es kann aber Jemand sowohl durch sein rechtswidriges Handeln, als durch sein rechtswidriges Unterlassen das Recht verletzen und sowohl gegen die ausdrückliche Vorschrift des Rechts (*contra legem*) als gegen den Geist derselben (*in fraudem legis*) etwas vornehmen [4]). Wenn nun etwas geschichet, was rechtlich nicht hätte geschehen sollen, so gilt die Regel: dafs das Geschehene, eben so als wenn es gar nicht geschehen wäre, gar keine Wirkungen hervorbringt. (*Quod factum est pro infecto habetur.*) [5]) Wenn hingegen etwas unter-

---

2) Die Meinung, dafs nach erfolgter Promulgation jederzeit ein *bimestre spatium* abgelaufen seyn müsse, ist falsch. Vgl. *Nov.* 66. *c.* 1. mit *Nov.* 58. u. 116. *c.* 1.

3) *L.* 7. *C.* 1, 14. „*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim, et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*“ Vgl. *c.* 3. *C.* 8, 35., und was die blofs erklärenden Gesetze betrifft, *Nov.* 19. *praef. in f.* — Ad. Dietr. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannover 1811. Friedr. Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover 1818.

4) In dem *Fr.* 7. D. 1, 3. heifst es: „*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.*“ Wenn jedoch etwas blofs gestattet oder erlaubt ist, so versteht es sich von selbst, dafs eine solche Vorschrift als rechtliche Wohlthat Niemanden aufgedrungen werden kann, nach der bekannten Regel: *Licet unicuique iuri suo* (*i. e. pro se introducto*) *renunciare.*

5) *L.* 5. *pr. C.* 1, 14.

Digitized by Google

lassen wird, was rechtlich hätte geschehen sollen, so kommt zur Strafe der Grundsatz zur Anwendung: dafs dasjenige verloren gehet, was handelnd hätte erhalten werden können. (*Quod re omissum est, etiam iure pro omisso habetur.*)

§. 64.

II) *Ausnahmen im Falle eines Irrthums.*

Dig. XXII, 6. *Cod.* I, 18.

Donellus I, 18—22. — G. L. Böhmer *D. de iuris et facti ignorantia. Goett.* 1745. — Hüfeland über die Wirkungen der Unkunde des Rechts in Ansehung bestimmter Menschenclassen. (In dessen Abhandl. üb. d. eigenthüml. Geist d. r. R. Th. I. St. 5.) — Mühlenbruch über *iuris* und *facti ignorantia* und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse (im Archiv für civilist. Praxis Th. II. Nr. 35.) — Glück im Commentar Bd. 22. S. 262 fg.

A) Welche Gesetze lassen diese Ausnahmen nicht zu?

Von den obigen in der Regel allgemeinen Grundsätzen soll es im Falle eines Irrthums Ausnahmen geben können, aber nicht alle Gesetze lassen dieselben zu und auch nicht jeder Irrthum kann diese Wirkung hervorbringen. Namentlich ist 1) bei solchen Gesetzen alles Berufen auf Irrthum und Unwissenheit ausgeschlossen, die absolut gebietend oder verbietend sind, d. h. die ausdrücklich auf ihre Verletzung einen gewissen Nachtheil androhen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob wissentlich etwas geschehen ist, oder nicht, wie z. B. die *lex Aquilia* und das *Edictum de effusis et deiectis* [1]). Eben so wenig findet 2) bei solchen Gesetzen ein Berufen auf Irrthum und Unwissenheit Statt, welche, wenn ein gewisser Umstand ein-

1) §. 4. 5. *I.* 4, 3. *Fr.* 31. D. 9, 2. *Fr.* 1. *pr. D.* 9, 3.

tritt, in einer bestimmten ein für allemal vorgeschriebenen Zeit (*tempore continuo*) etwas zu thun gebieten. Sobald hier die bestimmte Zeit abgelaufen ist, fällt auch das Berufen auf die gesetzliche Vorschrift weg, einerlei, man mag gewufst haben, dafs jener Umstand eingetreten sey, oder nicht [2]). Es ist also nur dann ein Berufen auf Irrthum und Unwissenheit zuläfsig, wenn die Gesetze den Unwissenden etwas gestattet, den Wissenden aber verweigert haben, wie z. B. bei der *condictio indebiti*, welche nur Statt findet, wenn der Zahlende nicht gewufst hat, dafs er nicht schuldig sey zu zahlen [3]).

§. 65.

B) Welcher Irrthum kann diese Ausnahmen begründen?

1) *Von der ignorantia iuris und facti im Allgemeinen.*

So wie nicht alle Gesetze Ausnahmen von ihrer verbindenden Kraft wegen Irrthum und Unwissenheit [1]) zu-

2) Vgl. z. B. *c.* 8. *C.* 2, 21. „*Optimum duximus non ex eo die, quo se quisque dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, intra continuum biennium de dolo actionem moveri: sive abfuerit, sive praesto sit is, qui dolum se passum esse conqueritur.*“ — —

3) *Fr.* 1. §. 1. D. 12, 6. vgl. auch *Fr.* 2. §. 15. D 41, 4.

1) Die Ausdrücke *error* und *ignorantia* werden von den Gesetzen nicht genau unterschieden. Dasselbe was vom *error*, wird an einer andern Stelle von der *ignorantia* behauptet. Vgl. *Fr.* 8. 9. *pr. D.* 22, 6. Ja bisweilen wird in der nemlichen Stelle dasjenige, was vorher *ignorantia* hiefs, nachher *error* und dann wieder *ignorantia* genannt. Vgl. *Fr.* 1. 9. §. 5. *D. eod.* Unwissenheit ist gleichbedeutend mit Nichtwissen; Irrthum aber ist Falschwissen, d. h. eine aus der Unwissenheit erzeugte falsche Ansicht oder Vermuthung, man mag nun etwas glauben, was nicht ist,

lassen, so ist auch nicht jeder Irrthum und jede Unwissenheit fähig, solche Ausnahmen zu begründen. Es kommt nemlich hier auf den wichtigen Unterschied zwischen *ignorantia iuris* und *facti* an. — *Ignorantia s. error facti* ist vorhanden, wenn Jemand dasjenige nicht weifs, oder darin irrt, worauf das Recht sich bezieht, oder wefshalb das Recht begründet ist; denn alsdann ist offenbar, dafs er nicht in dem Rechte selbst, sondern blofs in der Voraussetzung des Rechts, in dem Factum irrt. Wenn hingegen Jemand mit allen factischen Voraussetzungen einer rechtlichen Vorschrift bekannt ist, die sich darauf beziehende Vorschrift des Rechts selbst aber nicht kennt, so ist ohne Zweifel ein Irrthum im Rechte (*Error iuris*) vorhanden.

§. 66.

B) *Rechtsgrundsätze*

1) Ueber die *ignorantia facti.*

Die vorgeschützte Unwissenheit von Handlungen, die man selbst vorgenommen hat, schadet in der Regel immer [1]); es müfste denn ein triftiger Entschuldigungsgrund angeführt werden können [2]). Was hingegen die Unbekanntschaft mit fremden Facten betrifft, so gilt die Regel, dafs dieselbe dem sich darauf Berufenden keinen Schaden bringt, einerlei, es mag von einem positiven Schaden (*damnum emergens*), oder von einem entbehrten

---

ist, oder etwas nicht glauben, was ist. Auf die rechtliche Wirkung gesehen, ist jedoch die Unwissenheit gerade so wie der Irrthum zu beurtheilen.

1) *Fr.* 7. D. 16, 1. „*Facti* (*proprii nemo*) *potest ignorationem praetendere.*“

2) *Fr.* 22. D. 12, 6. „— *Si me putem tibi aut Titio promisisse, cum aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solverim, repetere a Titio potero.*“

Digitized by Google

Gewinne (*lucrum cessans*) die Rede seyn [3]). Diese Regel kommt allgemein ohne Unterschied gewisser Menschenclassen (s. §. 67.) zur Anwendung, vorausgesetzt, dafs nicht von solchen Gesetzen die Rede ist, wobei alles Berufen auf Unwissenheit und Irrthum wegfällt (§. 64.) und dafs die factische Unwissenheit keine gar zu grobe (*supina, crassa ignorantia*) ist [4]), denn diese würde offenbar ein blofser Deckmantel seyn, das Gesetz zu umgehen und in Dolus ausarten.

§. 67.

2) über die *ignorantia iuris.*

Hier gilt gerade die umgekehrte Regel: Irrthum im Rechte selbst soll stets schaden [1]); allein diese Regel ist nicht allgemein, sondern es giebt mehrere Ausnahmen. Ueberhaupt soll nemlich der angedrohete Nachtheil nicht eintreten, wenn man seine Unkunde des Rechts darthun und zugleich zeigen kann, dafs man keine Gelegenheit gehabt, Rechtskundige zu Rathe zu ziehen [2]). Hiervon abgesehen, mufs man folgende Fälle unterscheiden: 1) wenn von einem künftig bevorstehenden Schaden (Gefahr eines Verlustes) die Rede ist (*si de damno futuro agitur*), so soll selbst der Irrthum und die Unwissenheit

3) *Fr.* 4. 9. *pr.* §. 5. D. 22, 6. „*Regula est — — facti ignorantiam non nocere s. facti ignorantiam prodesse.*“

4) Eine solche ist vorhanden: „*Cum quis se ignorare dicit, quod omnes in civitate sciunt, aut ignorat eam rem, quam diligentia moderata inquirendo, notam habere potuisset.*“ *Fr.* 9. §. 2. *Fr.* 6. D. *h. t.*

1) *Fr.* 4. 8. 9. *pr.* §. 5. D. *h. t.*

2) *Fr.* 9. §. 3. *D eod.* „*Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est.*“

Digitized by Google

im Rechte nicht schaden [3]; 2) wenn hingegen etwas nicht erworben ist, was, ohne Irrthum und Unwissenheit im Rechte, hätte erworben werden können, (*si de lucro [compendio] captando agitur*), so genieſsen bloſs Minderjährige und Soldaten den Vorzug, daſs ihnen die *ignorantia iuris* nicht schaden soll [4]; 3) wenn endlich ein wirklicher positiver Verlust oder Schaden entstanden ist (*si de damno praesenti agitur*), so sollen nicht bloſs Minderjährige und Soldaten, sondern auch Landleute und sonst Unfähige entschuldigt werden [5]. — Weiber sind nicht allgemein ausgenommen, sondern nur in einzelnen Fällen [6], insonderheit bei einigen Verbrechen [7] und bei der Zurückforderung einer Nichtschuld [8].

---

3) *Fr* 8. *D. eod.* „*Omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.*“

4) *Fr.* 9. *pr.* §. 1. D. *c.* 1. 2. 11. *C. h. t.* Sonst gilt der ausdrücklich in der Gesetzgebung ausgesprochene Grundsatz: „*iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus.*“ *Fr* 7. *D. h. t.* (Auch Weiber sind in dieser Hinsicht nicht ausgenommen. *c.* 11. *C.* 1, 18.)

5) *Fr.* 25. §. 1. D. 22, 3. *Fr.* 7. §. 4. D. 2, 1.

6) *Fr.* 9. *pr. D. c* 13. *C. h. t.*

7) *Fr.* 38. §. 2. D. 48, 13. *Fr.* 1. §. 10. *Fr.* 4. D. 48, 16. *c.* 4. *C.* 5, 5.

8) *Fr.* 25. §. 1. D. 22, 3. Vgl. Thibaut System §. 28.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Von der Dauer und Aufhebung des Rechts.

§. 68.

1) *Welches Recht kann überhaupt aufgehoben werden?*

Das gehörig begründete Recht behält so lange seine verbindliche Kraft, bis es ganz oder zum Theil aufgehoben ist. Das Recht selbst mufs aber überhaupt so beschaffen seyn, dafs es aufgehoben werden kann; und hieraus folgt, dafs das allgemeine Recht der Vernunft, welches gleichsam durch göttlichen Willen unabänderlich vorgeschrieben ist, keine gänzliche Aufhebung, sondern nur eine nähere Bestimmung durch positive Gesetze zuläfst [1]). Da nemlich die gesetzgebende Vernunft immer und ewig dieselbe ist, so müssen auch ihre Vorschriften ewig und unabänderlich seyn [2]). Das bürgerliche oder

1) Durch die nähere Bestimmung entsteht das oben (§. 21.) erwähnte *ius gentium*, welches man ein positives Vernunftrecht nennen kann. Wollte die Staatsgewalt etwas völlig Vernunftwidriges befehlen, so würde dieses zwar als Befehl (*iussus*), aber niemals als Recht (*ius*) gelten; „*Id quod semper aequum et bonum est, ius dicitur.*“ *Fr.* 11. D. 1, 1. Die nähere positive Bestimmung des Vernunftrechts darf übrigens immer nur aus gerechten Gründen geschehen, und in so fern bemerkt Ulpian sehr richtig: „*Ius civile est, quod neque in totum a iure naturali vel gentium recedit, neque per omnia ei servit.*“

2) Vgl. §. 3. *I.* 1, 15. „*civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*“

Digitized by Google

rein positive Recht hingegen kann, wie die tägliche Erfahrung zeigt, oft geändert werden und mufs auch einer häufigen Abänderung unterworfen seyn, weil, was zu einer gewissen Zeit nützlich und heilsam war, zu einer andern aufhört es zu seyn [3]). Die bürgerlichen Gesetze können daher sowohl zum Theil, als auch gänzlich aufgehoben und verändert werden [4]), und selbst die dem Gesetz hinzugefügte Clausel: *ut ne abrogari unquam possit*, kann die Aufhebung oder Aenderung desselben nicht hindern.

§. 69.

II) *Wer ist befugt das Recht aufzuheben, und wie mufs der abändernde Wille erklärt werden?*

Nur derjenige ist befugt das Recht zu ändern und aufzuheben, der dasselbe zu begründen ein Recht hat. Es wird nemlich durch jede Aenderung und Aufhebung zugleich ein neues Recht begründet, wozu nur allein der Princeps, als Repräsentant der höchsten Staatsgewalt, ermächtigt seyn kann [1]). — Die Erklärung des abändernden Willens erfolgt 1) entweder durch eine stillschweigende Genehmigung der Staatsgewalt, wenn die Bürger

3) Sehr treffend bemerkt schon Livius XXXIV, 16: „*Sic quas tempora aliqua desiderabant leges, mortales ita ut dicam et temporibus ipsis mutabiles esse video. Quae in pace latae sunt, plerumque bellum abrogat; quae in bello pax: ita ut in navis administratione alia in secundam, alia in adversam tempestatem usui sunt.*“

4) Ueber die vorkommenden technischen Ausdrücke: *abrogare, derogare, subrogare, obrogare* vgl. Ulpiani *Fragm.* I, 3. u. *Fr.* 102. D. 50, 16.

1) *c.* 1. 11. 12. §. 1. *C.* 1, 14. „*Tam conditor quam interpres (emendator) legum solus Imperator iuste existimabitur.*“

Digitized by Google

von einem gewissen Rechte nicht blofs keinen Gebrauch gemacht haben, sondern sich auch, unter den gehörigen Voraussetzungen (s. §. 23. Note 1.), eine entgegenstehende Gewohnheit gebildet hat (*per desuetudinem*); 2) oder durch eine ausdrückliche Erklärung, einerlei, die Ungültigkeit der frühern rechtlichen Vorschrift mag ausdrücklich verordnet, oder eine neue, der früheren entgegengesetzte Bestimmung getroffen seyn. In dem letzteren Fall mufs jedoch das gegebene neue Recht durchaus mit dem älteren in Widerspruch stehen, und hieraus folgt, dafs wenn das ältere eine specielle Vorschrift, das neuere aber eine blofs allgemeine Verfügung enthält, jenes nach wie vor gültig bleiben mufs [2].

2) Von diesem Falle ist Paulus zu verstehen, wenn er im *Fr.* 28. D. 1, 3. sagt: „*Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.*“

BESONDERER THEIL.

Digitized by Google

Digitized by Google

Besonderer Theil.

Erstes Buch.
Familienrecht.

Erster Hauptabschnitt.
Von der Ehe.

Inst. I, 10. *Dig.* XXIII, 2. *Cod.* V, 4.

Io. D'Avezan *D. de sponsalib. et matrim. Paris.* 1661. 4. (*in* Meerm. *thes. T.* IV. *p.* 315. *sq.* — Henr. Brouwer *de iure connubior. Libri* II. *Amstel.* 1665. 4. *Delphis* 1714. 4. — Petr. de Bye *D. de nuptiis. Lugd.* 1708. 4. — Isaac. Anton. de Villers *de nuptiis. Lugd. Bat.* 1709. 4, — Io. Adrian. van Wevelinchoven *de iust. nupt. L. B.* 1709. 4. — Aug. Ludw. Schott Einleit. in das Eherecht, zweite Ausg. Nürnberg 1802. 8.

§. 70.
Vorerinnerung.

Es ist viel über den richtigen Begriff der Ehe, besonders von den neuern Juristen, gestritten worden, jedoch, wie es scheint, ohne einigen Erfolg für die Wissenschaft. Wir behalten die gesetzliche Definition bei, nach welcher

Digitized by Google

unter Ehe die gesetzmäfsige Verbindung eines Mannes und eines Weibes zu verstehen ist, wodurch beide Theile das Recht auf einen lebenslänglichen unzertrennten und vertrauten Umgang erhalten [1]). Simultane Polygamie, Concubinat und Unzucht werden durch den Begriff ausgeschlossen, insonderheit der Concubinat, worunter die zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, gewöhnlich mit einer Person von niederem Stande, auf längere Zeit eingegangene Verbindung zu verstehen ist, wodurch keine väterliche Gewalt und kein Familienverhältnifs begründet wird [2]).

Erstes Hauptstück.

Von der Eingehung der Ehe.

§. 71.

I) *Von dem der Ehe vorausgehenden Verlöbnisse.*

Dig. XXIII, 1. *Cod.* V, 1.

Das Verlöbnifs (*Sponsalia*) unterscheidet sich von der wirklichen Ehe, wie das Versprechen, ein Rechtsge-

1) §. 1. *I.* 1, 9. „*Nuptiae sive matrimonium, est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens.*“ *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*“ — Die Ansicht Justinian's, die Ehe blofs als Erwerbmittel der väterlichen Gewalt darzustellen, ist offenbar zu einseitig. (Doneau im XIII Buche s. Commentarien handelt von der Ehe, als *societas vitae*, geradezu bei den Consensualcontracten.)

2) *Dig.* XXV, 7. *Cod.* V, 26.

schäft eingehen zu wollen, von dem Rechtsgeschäft selbst [1]). In der Regel kann jeder Sponsalien eingehen, welcher gültig eine Ehe schliessen kann [2]), es müfste denn der besondere Grund der Ungültigkeit der Ehe bei dem Verlöbnifs nicht in Betracht kommen; daher die Wittwe auch während des Trauerjahres sich wieder verloben darf [3]), und auch das Alter nicht so, wie bei der Ehe, gesetzlich bestimmt ist [4]). Die Einwilligung wird sowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt [5]), aber auch diejenigen müssen einwilligen, in deren Gewalt sich die Verlobten befinden [6]). Ehemals entstand aus dem Verlöbnifs eine *actio ex sponsu*, nach dem neuern Rechte wird aber dadurch keine Zwangsverbindlichkeit und Klage auf Eingehung der Ehe begründet [7]). Die

---

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum.*“ — Der Name *Sponsalia* rührt daher, weil es im alten Recht gebräuchlich war, das Versprechen einer künftigen Ehe mittelst einer Stipulation und Sponsion einzugehen. *Fr.* 2. *D. h. t.* A. Gellii *noctes Atticae* IV, 4.

2) *Fr.* 60. §. 5. D. 23, 2.

3) *Fr.* 10. §. 1. D. 3, 2. Ein anderes Beispiel enthält *Fr.* 38. D. 23, 2.

4) *Fr* 14. *D. h. t.* „*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis.*“

5) *Fr.* 4. 6. 7. D. *h. t.*

6) *Fr.* 7. §. 1. D. *h. t.* Merkwürdig ist die Vorschrift; dafs der Vater die Töchter auch zu Sponsalien zwingen konnte, wenn nur der *sponsus* nicht *turpis* oder *indignus moribus* war, dafs hingegen bei den Söhnen kein Zwang Statt fand. *Fr.* 12. §. 1. *Fr.* 13. D. *h. t.*

7) *c.* 1. C. 5, 1. *c.* 2. C. 5, 17.

Digitized by Google

Auflösung der Sponsalien (*repudium*) ist der Willkühr der Verlobten frei gestellt, und auch der Vater kann für seinen verlobten Sohn und Tochter, der Tutor für seinen Pupillen das Repudium erklären [8]). Selbst die auf den Fall der Auflösung festgesetzte Conventionalstrafe kann nicht verlangt werden, es müfste denn Dolus bewiesen werden können [9]). Hinsichtlich der Brautgeschenke (*arrhae sponsalitiae*) kommt es darauf an, ob entweder der Geber oder der Empfänger Schuld an der Aufhebung des Verlöbnisses ist; jener verliert die gegebenen Geschenke, dieser mufs in der Regel das Doppelte derselben erstatten. Eine Ausnahme hiervon tritt natürlich ein, wenn der Repudiant einen gerechten Grund für sich hat [10]).

§. 72.

II) *Von der Eingehung der Ehe selbst.*

A) Bedingungen der Möglichkeit.

1) absolute Bedingungen.

Zu den absoluten Bedingungen der Möglichkeit einer Ehe, d. h. zu den Erfordernissen, die schlechterdings bei jeder Ehe vorhanden seyn müssen, gehört: 1) freier Wille; dieser fehlt aber nicht nur bei Familiensöhnen und Töchtern [1]), sondern auch so oft die Einwilligung

8) *Fr.* 6. 10. D. *h. t. c.* 4. *C. eod.*

9) *Fr.* 134. D. 45, 1. *c.* 2. *C.* 8, 39.

10) *Fr.* 38. D. 23, 2. *c.* 2. 5. *C. h. t.*

1) *Pr. I. h. t.* „*dum tamen si filiifamiliarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet: in tantum, ut iussus parentis praecedere debeat.*“ *Fr.* 2. 3. 25. D. *c.* 5. *C. eod.* In gewissen Fällen ergänzt die Obrigkeit die fehlende Einwilligung des Vaters, insonderheit wenn derselbe wahnsinnig, also physisch unfähig ist, oder ohne gerech-

Digitized by Google

entweder ganz fehlt, oder ein sonstiges Hindernifs (Furcht, Gewalt, Betrug und wesentlicher Irrthum) im Wege steht; 2) Fähigkeit den Ehezweck zu erfüllen: in dieser Hinsicht sind Castraten und Unmündige ausgeschlossen [2]), hohes Alter ist aber kein Hindernifs; 3) monogamische Verbindung [3]).

§. 73.

2) relative Bedingungen.

a) Es darf keine zu nahe Verwandtschaft vorhanden seyn.

Inst. III, 6. *Dig.* XXXVIII, 10.

Zu den relativen Bedingungen der Möglichkeit einer Ehe, d. h. zu den nicht bei jeder Ehe, sondern nur bei der Ehe gewisser Personen in Betracht kommenden Voraussetzungen, gehört insonderheit, dafs kein Hindernifs wegen zu naher Verwandtschaft im Wege stehen darf. Die Verwandtschaft im weitern Sinne ist aber entweder eigentliche Verwandtschaft (*consanguinitas*), oder Schwägerschaft (*adfinitas*). Jene ist das aus der Zeugung von einem gemeinschaftlichen Stammvater hervorgegangene Verhältnifs; diese aber das Verhältnifs des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern [1]). Was

---

ten Grund seine Einwilligung verweigert. *Fr.* 19. D. 23, 2. *c.* 25. *C.* 5, 4.

2) *Pr. I. Fr.* 4. D. *h. t.*

3) §. 6. *I. h. t.* „*Duas uxores eodem tempore habere non licet.*“ *c.* 2. *C.* 5, 5.

1) *F.* 4. §. 1. 3. D. 38, 10. „*Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sunt.*“ — „*Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*“ (Grad.

Digitized by Google

die Eheverbote selbst betrifft, so ist 1) wegen eigentlicher Verwandtschaft *a*) in der geraden Linie die Ehe schlechterdings (*in infinitum*) verboten, einerlei, es mag eine natürliche oder juristisch angenommene Zeugung (durch Adoption) zum Grunde liegen [2]); *b*) in der Seitenlinie hingegen ist das Verbot nicht so allgemein [3]); in der ungleichen Seitenlinie macht nemlich blofs der so genannte *respectus parentelae* ein Hindernifs, d. h. das Verhältnifs solcher Personen, von denen die eine unmittelbar vom gemeinschaftlichen Stammvater abstammt (*parentis loco est*), wiewohl auch hier nähere Bestimmungen eintreten [4]). In der gleichen Seitenlinie ist aber nur allein die Ehe zwischen Geschwistern verboten, einerlei, ob sie vollbürtig sind oder nicht; die Ehe zwischen Geschwisterkindern hingegen ist erlaubt [5]). 2) Wegen Schwägerschaft ist, nach aufgehobener Affinitätsehe, *a*) die Verbindung der Personen verboten, welche in das Verhältnifs von Aeltern und Kindern getreten sind, namentlich der Schwieger- und Stiefältern mit ihren Kindern; *b*) eben so auch die Verbindung mit des verstorbenen Mannes Bruder und mit der Schwester der verstorbenen Frau [6]).

Linie; gerade, Seitenlinie. Computation der Grade. *pr. I.* 3, 6. *Fr.* 10. §. 9. D. 38, 10.

2) „*In tantum, ut etiam dissoluta (per emancip.) adoptione idem iuris maneat.*" §. 1. *I. Fr.* 55. D. *h. t.*

3) „*Similis quaedam observatio est, sed non tanta.*"

4) Vgl. *Fr.* 12. §. 4. *Fr.* 17. §. 2. D. 23, 2. *Fr.* 20. D. 1, 8. §. 3. 5. *I.* 1, 10.

5) §. 2. 4. *I.* 1, 10. *Fr.* 3. D. 23, 2. *c.* 19. *C.* 5, 4.

6) §. 6. 7. *I. eod. Fr.* 4. §. 6 7. D. 38, 10. *c.* 5. 8. 9. *C.* 5, 5. Die Ehe zwischen zugebrachten Kindern (*comprivigni*) ist erlaubt. §. 8. *I. eod. Fr.* 34. §. 2. D. *h. t.* (Ueber die so genannte putative Ehe vergl. *c.* 4. *C.* 5, 5. und *Fr.* 57. §. 1. D. 23, 2.)

Digitized by Google

§. 74.

b) Es darf kein sonstiges Hindernifs im Wege stehen.

Cod. V, 5—7.

Hierher gehören folgende Fälle: 1) derjenige, *qui in provincia officium aliquod gerit seu militat*, soll keine Provincialin heirathen dürfen [1]; 2) der Tutor oder Curator bei Strafe der Infamie nicht seine Mündel, so lange keine Rechnungsablage erfolgt und das „*constitutum tempus aetatis*" noch nicht abgelaufen ist [2]; 3) der Ehebrecher nicht die Person, mit der er die Ehe gebrochen, der Entführer nicht die Entführte [3]; 4) kein Christ eine Jüdin, und umgekehrt kein Jude eine Christin [4]; 5) nicht die Person, welche die andere zur Taufe gehoben hat (*cognatio spiritualis*) [5]; endlich 6) soll es aus Gründen der äussern Ehrbarkeit unerlaubt seyn, die von der geschiedenen Frau mit einem andern Manne erzeugte Tochter (*quasi privigna*), die Braut des Sohnes (*quasi nurus*), oder Braut des Vaters (*quasi noverca*) zu heirathen [6].

§. 75.

B) Bedingungen der Wirklichkeit.

Wenn die bisher erwähnten Bedingungen der Möglichkeit vorhanden waren, so kam bei den Römern die Ehe durch die blofse Erklärung des Consenses, sowohl

---

1) *Fr.* 38. 57. D. *h. t.*

2) *Fr.* 36. 66. D. *eod.* *T. T. C.* 5, 6. Dasselbe Verbot tritt ein bei dem Erben des verstorbenen Vormundes und bei Sohn und Enkel desselben. *Fr.* 64. §. 1. *Fr.* 59. 66. D. *h. t.*

3) *Fr.* 26. D. *h. t.* *c. un.* §. 1. *C.* 9, 13.

4) *c.* 6. *C.* 1, 9.

5) *c.* 26. *C.* 3, 4. *verb.*: „*Ea videlicet*" *etc.*

6) §. 9. *I. h. t.*

Digitized by Google

der Heirathenden selbst, als derjenigen Personen, deren Gewalt sie unterworfen waren, wirklich zu Stande. (*consensus facit nuptias.*) Sonstige Feierlichkeiten wurden zum Wesen der Ehe so wenig erfordert, als die Constitution einer Mitgift [1]) u. s. w.

Zweites Hauptstück.

Von den Wirkungen der eingegangenen Ehe.

§. 76.

I) *Wirkungen in Hinsicht auf die Ehegatten selbst.*

A) Persönliche Wirkungen.

Zu den persönlichen Wirkungen der gehörig eingegangenen Ehe gehört das Recht zuf einen immerwährenden unzertrennten Lebensumgang, auf gegenseitige Unterstützung, auf eheliche Treue und, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, auf Leistung der ehelichen Pflicht. Die Frau mufs ihrem Manne Ehrerbietung beweisen, und sich, so lange es mit den Gesetzen der Ehrbarkeit bestehen kann, folgsam zeigen [1]), insonderheit auch den Wohnort des Mannes zu dem ihrigen machen [2]); dagegen nimmt die Frau an dem Stande und Range des Mannes, eben so an dem

1) Eine *dos* läfst sich zwar nicht ohne Ehe denken, (*Fr.* 5. 21. D. 23, 3.), sie gehört aber nicht zum Wesen der Ehe.

1) *Fr.* 14. §. 1. 24, 3. *Fr.* 48. *pr.* D. 58, 1. Der Mann hat in in der Regel kein Recht, seine Frau zu schlagen und zu züchtigen. *c.* 8. §. 2. *C.* 5, 17. Vgl. jedoch *Nov.* 117. *c.* 8. 14.

2) *Fr.* 63. D. 5, 1. *c.* 9. *C.* 10, 39.

Digitized by Google

dem Gerichtsstande desselben Theil [3]). Der Mann mufs seiner Frau Schutz und Vertheidigung gewähren [4]), und kann auch als vermutheter Anwalt für sie im Gericht auftreten [5]). Beide Ehegatten sind endlich zur wechselseitigen Alimentation verpflichtet, wiewohl der Mann die Alimente nur im Nothfalle verlangen kann [6]).

§. 77.

B) Wirkungen in Hinsicht auf das Vermögen.

1) Von der *Dos*.

Dig. XXIII, 3. 4. *Cod.* V, 11—15. *Nov.* 91. 97. *c.* 2—6. *Nov.* 100. 109.

Donellus *Lib.* XIV. *c.* 4. (Jo. Voëtius) Nicolaus a Tol *D. de iure dotium. L. B.* 1709. 4. August. a Leyser (Io. Henr. de Berger) *de discrimine bonor. uxoris. Viteb.* 1709. 4. (*in Meditatt. ad D. Sp.* 302.) Gfr. Mascov *D. sistens Electa dotalia. Gott.* 1739. 4. (*in Opusc. Vol.* I.) Io. Finestres *et* de Monsalvo *de iure dotium Libri* V. *Cervar.* 1754. 8.

a) *Begriff und Constitution.*

Unter *dos* (Mitgift, Brautgabe, Aussteuer) ist eine der Ehe wegen gemachte Schenkung zu verstehen, um damit die Lasten der Ehe zu bestreiten; während mit dem Ausdruck Paraphernalien dasjenige Vermögen der Ehefrau bezeichnet wird, welches ihr ausser der *dos* (παρὰ φερνὴν) gehört, einerlei, die Verwaltung desselben mag dem Manne übertragen seyn (*bona paraphernalia in sp.*) [1]) oder nicht (*bona receptitia*). — Die *Dos*

3) *c.* 9. *C.* 10, 32. *c.* 13. *C.* 12, 1. vgl. *Nov.* 22. *c.* 36. Diese Rechte behält sie auch als Wittwe.

4) *Fr.* 2. D. 47, 10. 5) *c* 21. *C.* 2, 13.

6) §. 37. *I* 4, 6. *Fr.* 22. §. 8. D. 27, 3. *c.* 29. *C.* 5, 12.

1) Bei diesen ist der Mann schuldig Rechnung abzulegen, *Fr.* 95. *pr.* D. 35, 2., er kann jedoch, hinsichtlich derselben

Digitized by Google

wird entweder von dem Vater oder väterlichen Grofsvater der Frau, wenigstens in Hinsicht auf denselben, oder von der Frau selbst oder einem Dritten bestellt. (*Dos profectitia* und *adventitia*) [2]). Im Zweifel kann jedoch eine *dos* nicht vermuthet werden, sondern Alles ist, so lange das Gegentheil nicht erwiesen wird, als Eigenthum des Mannes zu betrachten. (*praesumtio Muciana*) [3]). — In der Regel ist das Geben eines Brautschatzes der Willkühr der Frau oder eines jeden Dritten überlassen, so lange kein besonderes Versprechen vorhanden ist; der die Gewalt habende Parens ist aber *ipso iure* dazu verbunden [4]). Die Mitgift wird nach römischem Rechte überhaupt dem constituirt, welchem es obliegt, die Ehelasten zu bestreiten, d. i. entweder dem Manne selbst, oder dem Vater, in dessen Gewalt sich der Mann befindet [5]). Gegenstand derselben kann jede im Commerz befindliche Sache seyn [6]), und die Constitution selbst erfolgt sowohl durch einen letzten Willen, als durch einen Ver-

---

gleichfalls als vermutheter Anwalt handeln und sie mit Einwilligung der Frau veräussern. Vergl. *c.* 21. *C.* 2, 13. *c.* 6. *C.* 8, 56.

2) *Fr.* 5. *pr.* §. 1. 9. 11. 14. D. 23, 3. Ulpiani *fragm. tit.* 6. §. 3.

3) *Fr.* 51. D. 24, 1. „*Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenit: et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.* Vgl. *c.* 6. *C.* 5, 16.

4) *Fr.* 19. D. 23, 2. *c.* 7. *C.* 5, 11. Die Mutter nur aus wichtigen Gründen. Vgl. *c.* 14. *C.* 5, 12.

5) *Fr.* 57. 59. D. 23, 3.

6) Ueber den Fall, wo die Quantität der Mitgift weder durch Vertrag, noch auf sonstige Weise genau bestimmt ist, s. Thibaut §. 445.

Digitized by Google

trag [7]). — Die Dotalsachen werden entweder mit oder ohne Schätzung (*aestimato s. inaestimato*) übergeben, und im ersteren Falle entweder mit einer der Bestimmung des bloßen Werthes oder des Verkaufes wegen geschehenen Schätzung. (*aestimatio taxationis* und *aestim. venditionis causa*) [8]).

§. 78.

b) *Wirkungen der constituirten dos.*

α) während der Ehe.

Die Wirkungen der constituirten Brautgabe beginnen mit der wirklichen Eingehung der Ehe [1]), und der Mann erwirbt daran, so lange die Ehe dauert, in der Regel ein widerrufliches (s. g. bürgerliches) Eigenthum [2]). Der Mann hat daher überhaupt das Recht, die Dotalsachen zu ver-

---

7) Ehemals war eine *solemnis dotis dictio* und *stipulatio* nöthig, die sowohl vor als nach Eingehung der Ehe erfolgen konnte; nach neuerem Rechte soll aber das bloße Versprechen eben so hinreichend seyn, als wenn eine Stipulation deßhalb eingegangen wäre, und mit der *actio ex stipulatu* kann zugleich die hypothekarische Klage verbunden werden. Vgl. *c. un. pr.* § 1. *C.* 5, 13. Bei der gesetzlichen Mitgift findet eine *condictio ex c.* 7. *C.* 5, 11. Statt — Durch die *pacta dotalia* (*Dig.* XXIII, 4. *Cod.* V, 14.) kann überhaupt das Vermögensrecht der Ehegatten näher bestimmt werden; doch treten hinsichtlich ihres Inhaltes mehrere Beschränkungen ein. s. Thibaut §. 479.

8) *c.* 5. 10. 21. *C.* 5, 12. Im Zweifel wird *in favorem dotis* eine *aestimatio venditionis causa* angenommen.

1) Ueber die Früchte und Zinsen der zu gebenden *dos* vgl. *c.* 31. §. 2. *C.* 5, 12.

2) Bei vertretbaren Sachen und solchen, die *aestimatae venditionis causa* inferirt sind, erlangt der Mann ein *dominium perpetuum* und *irrevocabile*; die Gefahr der Sachen geht sofort auf ihn über. *Fr.* 42. 69. §. 8. D. 23, 3, *c.* 5. *C.* 5, 12.

Digitized by Google

walten, ohne dafs die Frau defshalb eine Sicherheit oder Rechnungsablage von ihm verlangen könnte [3]; er ist insonderheit berechtiget, die Dotalsachen und ihre Accessionen zu gebrauchen, die Früchte davon zu percipiren und sie durch alle dem Eigenthümer zustehenden Rechtsmittel zu schützen [4]. Auch ist er befugt, die in der Mitgift begriffenen Gegenstände, den *fundus dotalis* ausgenommen [5], zu veräussern und zu verpfänden. Eben so steht ihm in gewissen Fällen das Recht zu, Eviction zu verlangen [6]. Auf der andern Seite ist er aber auch schuldig, für jeden nicht zufälligen Schaden einzustehen [7] und die auf der Mitgift haftenden Lasten zu tragen [8].

---

3) *T. T. C.* V, 20. („*Ne fideiussores dotium dentur.*“)

4) *Fr.* 7. *pr. D. c.* 20. *C. h. t.*

5) *Inst.* II, 8. *Dig.* XXIII, 5. *Cod.* V, 23. Beim *fundus dotalis* bewirkt selbst die Einwilligung der Frau, sollte sie auch nach zwei Jahren wiederhohlt seyn, keine Gültigkeit; doch kann begreiflicher Weise der Mann selbst und dessen Erben (also auch die Frau, wenn sie ihren Mann beerbt hat) die Veräusserung nicht als ungültig anfechten. *Fr.* 1. *pr. Fr.* 3. 17. *D.* 21, 3. Ueber die Fälle, wo die Veräusserung Ausnahmsweise gültig ist, vgl. Thibaut §. 449.

6) Abgesehen von der gesetzlichen Verbindlichkeit kann Evictionsleistung nur verlangt werden, wenn der Geber die *dos* vor der Uebergabe versprach, oder wenn er arglistig verfuhr, oder wenn die Mitgift dem Manne käuflich überlassen wurde. *Fr.* 16. *D. c.* 1. *C. h. t.*

7) Uebrigens wird nur die „*diligentia, quam in suis rebus exhibet*“ von ihm verlangt. *Fr.* 17. *pr. D.* 23. 3. *c.* 11, *C.* 5, 14. (*Fr.* 18. §. 1. *Fr.* 25. §. 1. *D.* 24, 3.) Vergl. mein Recht d. Forder. §. 59.

8) *Fr.* 13, D. 25, 1.

§. 79.

β) nach aufgelöseter Ehe.

Dig. XXIV, 3. *Cod.* V, 13. 18.
Donellus *Lib.* XV. *c.* 5. *sq.*

Wenn die Ehe 1) durch den Tod aufgehoben wird, so kann *a*) wenn die Frau gestorben ist, die *dos profectitia*, auch wenn nichts deſshalb verabredet worden worden ist, vom Vater oder Groſsvater zurückgefordert werden [1]); die *adventitia* fällt aber an die Erben der Frau, es müſste denn der Dritte, der sie bestellt hat, sich die Rückgabe ausbedungen haben [2]). *b*) Wenn der Mann gestorben ist, so erhält die Frau die *dos* zurück, der Vater müſste sich denn die Rückgabe der *dos profectitia*, oder ein Dritter, die der *adventitia*, ausdrücklich vorbehalten haben. — Bei der Restitution der *dos* selbst kommt es auf den wichtigen Unterschied an: ob die Sachen in das widerrufliche Eigenthum des Mannes übergegangen sind, oder nicht. Die letzteren brauchen nur in *eodem genere* oder ihrem verabredeten Werthe nach restituirt zu werden. Die ersteren müssen aber mit allen Accessionen und vor und nach der Ehe percipirten Früchten restituirt werden; es findet jedoch Abzug der darauf verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten Statt [3]). 2) Wenn

---

1) *c.* 4. *C.* 5, 18. vgl. *Fr.* 6 *pr.* D. 23, 3.

2) *Fr.* 22. 29. §. 1. D. 24, 3. *c. un.* §. 13. *C.* 5, 13. In diesem Falle ist eine s. g. *dos receptitia* vorhanden. Vgl. Ulpiani *Fragm. tit.* 6. § 5.

3) *T. T. Dig.* XXV, 1. — Was insonderheit die Zeit der Rückforderung betrifft, so können die Dotalgrundstücke sogleich, alle übrigen Sachen aber erst nach einem Jahre zurückverlangt werden. *c. un.* §. 7. *C.* 5, 13. Ueber den Beweis der geschehenen Illation und insonderheit über die *exceptio dotis cautae non numeratae* vergl. *T. T. C.* V, 15. *Nov.* 100.

hingegen die Ehe durch eine von der Frau verschuldete Scheidung aufgelöst wurde, so erwirbt der Mann zur Strafe der Frau die ihr sonst zu restituirende *dos*, und wenn keine solche Mitgift vorhanden ist, den vierten Theil des Vermögens, welches die Frau zur Zeit der Scheidung besafs; doch darf, im Falle Kinder vorhanden sind, über den durch die Scheidung zugefallenen Gewinn nicht zum Vortheil eines Dritten verfügt werden [4]).

§. 80.

2) Von den Schenkungen unter Eheleuten, insonderheit von der *donatio propter nuptias*.

Inst. II, 7. *Cod.* V, 3. *Nov.* 61. 97. *c.* 1. 2. *Nov.* 98. 119. *c.* 1. *Nov.* 127. *c.* 2.

Eigentliche Schenkungen (*donationes simplices* oder *puræ*) sind in der Regel unter Eheleuten verboten, einerlei auf welche Art sie erfolgt sind [1]) Uneigentliche Schenkungen hingegen (*donationes propter nuptias* oder *antipherna*), welche in späterer Zeit aufkamen, sind gültig [2]). Die rechtliche Natur dieser Schenkungen ergiebt sich aus ihren Wirkungen; diese sind aber folgende: 1) so lange die Ehe dauert, hat die Frau ein blofs ruhendes Recht, bis der Mann zu verarmen anfängt, denn erst in diesem Falle kann die Frau die *res propter nuptias donatae* (weshalb ihr ein gesetzliches Pfandrecht

4) *c.* 8. §. 4—7. *c.* 11. §. 1. *C.* 5, 17. Vgl. *Nov.* 117. *c.* 8. (*c.* 4. *X.* 4, 20) mit *Nov.* 134. *c.* 10. Hofacker *principia T.* I. §. 493. Note *a*.

1) Darüber kommen die näheren Grundsätze im Rechte des Eigenthumes bei der Lehre von den Schenkungen vor.

2) §. 3. *I.* 2, 7. *c.* 19. 20. *C.* 5, 3. (Nach Justinian's Verordnung mufste die *donatio propter nuptias* jederzeit nach Verhältnifs der *dos* bestellt werden. *Nov.* 74. *c.* 4. *Nov.* 91. *c.* 2. *Nov.* 117. *c.* 4.)

Digitized by Google

an dem Vermögen des Mannes zusteht [3]), sowohl von dem Manne, als auch von jedem dritten Besitzer, verlangen und aus den Früchten derselben sich und ihre Kinder ernähren [4]). 2) Nach aufgelöster Ehe mufs man wieder unterscheiden, ob die Ehe durch den Tod des Mannes, oder durch Scheidung getrennt wurde. In jenem Falle kann die Frau, wenn sie aus dem Vermögen des Mannes ihre Mitgift nicht wieder bekommen kann (*si salvam non habet dotem*), verlangen, aus den *propter nuptias* geschenkten Sachen befriedigt zu werden, sonst aber gehören sie den Erben des Mannes [5]). In diesem Falle erwirbt die Frau, wenn der Mann Schuld an der Scheidung war, die *don. propter nuptias*, und wenn keine constituirt war, den vierten Theil seines Vermögens [6]).

§. 81.

II) *Wirkungen in Hinsicht auf die Kinder.*

Die rechtlichen Wirkungen in Hinsicht auf die Kinder treten entweder zwischen den Aeltern und Kindern geradezu ein, oder blofs zwischen den Aeltern. Zu den erstern gehört namentlich die Pflicht der Alimentation, das Recht auf Gehorsam und Ehrfurcht u. s. w.; die letzteren sind auf Anerkennung der Kinder gerichtet, die entweder nach erfolgter Scheidung [1]), oder während der Ehe geboren sind (*actio de partu agnoscendo*) [2]).

---

3) *Nov.* 61. *c.* 1. *Nov.* 109. *c.* 1. 4) *c.* 20. 29. *C.* 5, 12.

5) *c.* 18. *C.* 5, 3.

6) *c.* 11. §. 1. 2. *C.* 5, 17. vgl. *Nov.* 117. *cap.* 9. (Bei uns hat die *donatio propter nuptias* kein practisches Interesse mehr.)

1) Darauf bezog sich insonderheit das *Setum Plancianum*. Vgl. *Fr.* 1. §. 10. *Fr.* 3. §. 1. 25, 3.

2) *T. T. Dig.* XXIII, 3. *Cod.* V, 24. 25. *Nov.* 117. *c.* 7. Donellus II, 20. vorzüglich Thibaut §. 472. *fg.*

Drittes Hauptstück.

Von der Auflösung der Ehe.

§. 82.

I) *Von der Auflösung an und für sich.*

Dig. XXIV, 2. *Cod.* V, 17. *Nov.* 117. *c.* 8—14. *Nov.* 123. *c.* 40.

Donellus *Lib.* XVI. *c.* 24.

Die auf die gehörige Weise eingegangene Ehe wird aufgelöset, sowohl durch den natürlichen und bürgerlichen Tod [1]) eines Ehegatten, als durch Ehescheidung (*divortium*) [2]). Justinian verordnete aber, dafs der Mann von der Frau sich nur in sechs und die Frau von dem Manne nur in fünf bestimmten Fällen sollte scheiden lassen können [3]). Justinians Nachfolger Justinus II. mufste jedoch die Ehescheidung mit gegenseitiger Einwilligung (*divortium ex bona gratia*) wieder frei geben [4]).

---

1) Da die *servitus poenae* durch das neuere Recht (*Nov.* 22. *c.* 8.) aufgehoben ist, auch der *Nov.* 22. *c.* 13. zufolge, die Ehe durch Deportation nicht mehr aufgehoben werden soll, so bleibt unter Justinian nur noch die feindliche Gefangenschaft als Beendigungsart *per mortem civilem* übrig. (Vergl. *Fr.* 8. 14. §. 1. D. 49, 15.)

2) *Fr.* 2. *pr. Fr* 3. D. *h. t.* „*Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit.*“

3) *Nov.* 117. *c.* 8. 9. vergl. *Fr* 8. §. 2. *Fr.* 10. 11. §. 2. *C.* 5, 17. *Nov.* 22. *c.* 5—8. 14. 15.

4) *Nov.* 140. (welche aber zu den unglossirten gehört.)

Digitized by Google

§. 83.

II) *Von den Folgen der geschehenen Auflösung.*

Zu den Folgen der geschehenen Auflösung der Ehe gehört insonderheit die Rückforderung der Mitgift, wovon bereits oben geredet worden, und die Lehre von der Wiederverheirathung (*de secundis nuptiis*). Dem überlebenden Manne steht es frei nach Willkühr, der überlebenden Frau aber erst nach zurückgelegtem so genannten Trauerjahre zur anderweiten Ehe zu schreiten [1]). Ueberhaupt treffen jedoch den aufs Neue sich Verheirathenden bedeutende Nachtheile in Ansehung des Vermögens (*poenae secundarum nuptiarum*) [2]). Namentlich verliert derselbe zum Vortheil der Kinder erster Ehe die Proprietät alles dessen, was er der Freigebigkeit des ersten Gatten zu danken hat, oder was aus der Succession eines Kindes erster Ehe auf ihn gekommen ist, und behält daran blofs den lebenslänglichen gesetzlichen Nieſsbrauch [3]). Eben so darf der zur zweiten Ehe geschrittene Gatte dem zweiten Gatten, so wenig unter Lebenden als auf den Todesfall, mehr schenken und hinterlassen, als das am wenigsten bedachte Kind erster Ehe erhalten hat; der Mehrbetrag wird auf Verlangen unter alle Kinder erster Ehe gleichmäſsig vertheilt [4]) Ausserdem verliert die Mutter die Vormundschaft über die Kinder erster Ehe, so wie die Würde und den Gerichtsstand des vorigen Ehemannes u. s. w.

---

1) *Fr.* 1. *Fr.* 11. §. 3. D. 3, 2. *c.* 1. 2. *C.* 5, 9.

2) *T. T. C.* V, 9. 10. *Nov.* 22. *c.* 22—48. Thibaut §. 393.

3) *c.* 3 *pr.* §. 1. *c.* 4. 5. §. 2. *C. eod. c. un. C.* 5, 10. *Nov.* 22. *c.* 46. §. 2.

4) *c.* 6. *pr. c.* 9. *C.* 5, 9. vgl. *Nov.* 22. *c.* 27. 28.

Digitized by Google

Zweiter Hauptabschnitt.

Von der väterlichen Gewalt.

Inst. I, 9. *Dig.* I, 6. *Cod.* VIII, 47.

Donellus *lib.* II. *c.* 20. *sqq.* — Ge. Christ. Gebauer *Diss.* I *et* II. *de patria potestate. Gots.* 1750. 51. 1. (*in Exercitatt. academ. T.* I. *p.* 125. *seq.*)

§. 84.

Vorerinnerung.

Unter der väterlichen Gewalt stehen alle Kinder, welche einen Vater oder einen sonstigen väterlichen männlichen Ascendenten haben, dem dieses Recht auf die gehörige Weise erworben ist und der es nicht wieder verloren hat. Wir müssen hierbei, wie gewöhnlich, handeln: 1) von der Entstehung der väterlichen Gewalt; 2) von den Wirkungen der gehörig entstandenen väterlichen Gewalt, und 3) von der Aufhebung derselben.

Erstes Hauptstück.

Von der Entstehung der väterlichen Gewalt.

§. 85.

I) *Entstehung durch legitime Ehe.*

Die väterliche Gewalt wird vor allen Dingen begründet durch Zeugung in einer rechtmäfsigen Ehe, vorausgesetzt dafs der Erzeuger selbst *sui iuris* ist, denn sonst erwirbt sein Parens auch die Gewalt über die von ihm erzeugten

Digitized by Google

Kinder [1]). Die Kinder müssen also 1) ehelich seyn; sie werden aber als solche betrachtet, wenn sie von der Mutter während der Ehe empfangen und geboren sind. [2]). Die Geburt darf aber nicht vor dem Ablauf des sechsten Monates nach eingegangener und nicht nach dem Ablauf des zehnten Monates, nach getrennter Ehe erfolgt seyn; wiewohl im ersten Falle eine *legitimatio per subsequens matrimonium* eintreten würde [3]). 2) Die Kinder müssen überhaupt eine menschliche Gestalt an sich tragen, denn bei eigentlichen *monstris* (§. 29.) würde schon von selbst väterliche Gewalt nicht gedacht werden können.

§. 86.

II) *Entstehung durch Legitimation.*

Inst. I, 10. §. 13. *Cod.* V, 27 *Nov.* 84. 89.

Io. Isac. Verhagen *de legitim. L. B.* 1702. 4. Io. van Buytenhem *ad* §. 13. *I. de legit. L. B.* 1709. 4 — Ge Jordens *D. I. et II. de legitim. Tr. ad Th.* 1742. 43. 4. (*in* Fellenberg *iurispr. ant. T.* II. *p.* 325. *sq.*) — I. H. Böhmer *de legit. ex damnato coitu nator. Hal.* 1727. 4. (*Exercitatt. ad D. T.* I. *n* 20.) — Ed. Schrader Abhandl. aus d. Civilr. Th. I. *nr.* 1.

A) Begriff und Erfordernisse.

Unter Legitimation ist überhaupt die Handlung zu verstehen, wodurch unehelich geborne Kinder die Rechte

---

1) *Fr.* 21. D. 45, 5. „*In sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.*“ Dieses ist selbst dann der Fall, wenn zur Zeit der Conception der Vater noch in der Gewalt seines Vaters stand, bei der Geburt aber emancipirt war. §. 9. *I.* 1, 12.

2) Die gesetzliche Präsumtion: „*Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant*“ muss natürlich verschwinden, wenn evident das Gegentheil dargethan werden kann. *Fr.* 6. D. 1, 6.

3) *Fr.* 12. D. 1, 5. *Fr.* 3. §. 11. 12. D. 38, 16. „*Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*“ *v.* 4. *C.* 6, 29. (vgl. §. 29.)

Digitized by Google

ehelich geborner erhalten [1]). Blofs diejenigen natürlichen Väter haben jedoch das Recht eine Legitimation vorzunehmen, welche mit einer solchen Person Kinder erzeugt haben, „*cum qua iure connubium esse potuit*“ [2]). 2) Es wird dazu nicht blofs der Wille des natürlichen Vaters, sondern auch des zu legitimirenden Kindes erfordert [3]), und endlich mufs auch die Legitimation selbst auf die gehörige Art geschehen.

§. 87.

B) Einzelne Arten der Legitimation.

Es giebt überhaupt im neuern römischen Rechte drei Arten der Legitimation: 1) *per oblationem curiae;* Theodos. d. J. verordnete nemlich, dafs ein natürliches Kind legitim werden sollte, wenn der Vater desselben es dem Dienste der Curie einer Municipalstadt widmete, oder die Tochter einen Curialen heirathen liefs [1]); 2) *per subsequens matrimonium;* Constantin d. Gr. verordnete zuerst, dafs bei den von einer Concubine erzeugten Kindern durch eine nachfolgende Ehe Legitimation bewirkt werden sollte, und Justinian hat dieses noch weiter ausgedehnt [2]); 3) *per rescriptum principis;*

---

1) §. 13. *I.* 1, 10. 2) *Nov.* 74. *c.* 6.

3) *Fr.* 11. D. 1, 6. „*Inviti filii naturales — — non rediguntur in patriam potestatem.*“ *Nov.* 89. *c.* 11.

1) *c.* 3. *C.* 3, 27. *Nov.* 89 *c.* 2. (Ueber das Verhältnifs und den Zustand der Curialen überhaupt vgl. Alb. Dietr. Treckel *ad Brissonii sel. Antiquitatt.* IV, 13. Io. Wunderlich *Lib. sing. de legit. per oblat. curiae. Ienae* 1759 4.)

2) *c.* 3 10. *C.* 5, 27. vgl. Thibaut Versuche Th. I. *nr.* 10. — Zum Beweise der wirklich vorhandenen, nicht blofs simulirten Ehe wurde ein schriftlicher Ehevertrag erfordert.

Digitized by Google

Justinian will indessen ein solches Rescript nicht in jedem Falle ertheilen [3]).

§. 88.

III) *Entstehung durch Adoption.*

Inst. I, 11. *Dig.* I, 7. *Cod.* VIII, 48.

Donellus II, 22. 23. — Chr. Thomasii *D. de usu practico tit. Inst. de adoption. Halae* 1714. 4. (*in Diss. acad. T.* III.)

Adoption ist die unter öffentlicher Auctorität geschehene Annahme an Kindes Statt, entweder eines solchen, der uns vorher fremd war, oder eines nicht mehr in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohnes, oder eines Enkels an die Stelle eines Sohnes oder eines Enkels [1]). Es giebt aber überhaupt zwei Arten der Adoption: entweder *adoptio* im engern Sinne, wenn ein bisher in fremder Gewalt befindlicher Sohn oder Enkel an Kindes Statt angenommen wird, oder *arrogatio*, wenn dieses bei einer Person, die *sui iuris* ist, geschiehet.

§. 89.

A) Von der Adoption im engern Sinne.

1) Dabei vorkommende Subjecte.

Der Vater, welcher seinen Sohn adoptiren läfst (*qui dat in adoptionem*), mufs denselben in seiner Gewalt haben, einerlei übrigens, ob er die väterliche Gewalt durch

3) *Nov.* 74. *c.* 1. 2. *Nov.* 89. *c.* 9. 10. Ueber die Wirkungen vgl. B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 246. fg.

1) §. 3. 6. *I. h. t.* „*Licet autem et in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat. Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*“ *Fr.* 12. 15. §. 1. *D. eod.*

Digitized by Google

natürliche Zeugung oder durch Adoption erworben hat [1]). Der Sohn, welcher adoptirt wird, mufs, wenn er fähig ist das befragte Geschäft einzusehen und zu beurtheilen, entweder ausdrücklich einwilligen, oder nur nicht widersprechen [2]). Der adoptirende Vater endlich mufs wieder sowohl adoptiren wollen, als auch adoptiren können. Ausgeschlossen sind *a*) der Zeugung durchaus unfähige Personen [3]); *b*) solche, die das bestimmte gesetzliche Alter nicht haben [4]); *c*) Weiber [5]); *d*) solche, die dasselbe Subject schon einmal adoptirt hatten [6]).

§. 90.

2) Sonstige Erfordernisse.

Ausser den nöthigen subjectiven Voraussetzungen sind nach neuerm Recht noch folgende Erfordernisse als wesentlich zu beobachten: *a*) die Adoption mufs von der

---

1) §. 2. 8. *I. h. t.* „*In plurimis causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est.*“

2) *Fr.* 5. 42. D. *h. t.* „*In adoptionibus eorum duntaxat qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo.*“

3) Es gilt überhaupt der Grundsatz: „*adoptio naturam imitatur.*“ Vgl. §. 4. 9. *I. Fr.* 16. 23. D. *h. t.*

4) §. 4. *I. h. t.* „*Pro monstro est, ut maior sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, i. e. decem et octo annis praecedere.*“ *Fr.* 40. §. 1. D. *eod.*

5) §. 20. *I. h. t.* „*Foeminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate habent: sed ex indulgentia Principis, ad solatium liberorum amissorum (minus plene) adoptare possunt. c.* 5. *C.* 8, 48.

6) *Fr.* 12. 37. § 1. D. *h. t.* „*Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare.*“

Digitized by Google

competenten Obrigkeit und unter deren Auctorität geschehen [1]; *b*) die dabei interessirten Personen müssen selbst gegenwärtig seyn und ihren Willen zu erkennen geben [2]; *c*) es mufs über den ganzen Hergang eine schriftliche Urkunde errichtet werden [3].

§. 91.

3) Wirkungen.

Ehemals entstand aus jeder Adoption immer väterliche Gewalt; Justinian hat aber die Wirkungen der gültig geschehenen Adoption nach dem Unterschiede bestimmt, ob entweder eine *persona extranea* („*quae extra lineam parentum est*"), oder ob ein leiblicher (väterlicher oder mütterlicher) Ascendent dieselbe vorgenommen hat. Nur in dem letztern Falle soll vollkommene väterliche Gewalt dadurch begründet werden [1]; in dem

---

1) Da die Adoption ein Geschäft der *iurisd. voluntaria* ist, (*Fr.* 2. *pr.* D. 1, 16.), so kann der Vater *qui dat in adoption.* und der Sohn *qui datur* zugleich der Magistratus seyn, unter dessen Auctorität die Adoption geschieht. Bei dem *pater adoptans* geht aber dieses nicht an.

2) *Fr* 25. §. 1. D. *h. t.* „*Neque adoptare, neque adrogare quis absens, nec per alium eiusmodi solemnitatem peragere potest.*"

3) *c.* 11. *C.* 8, 48. „*Veteres circuitus in adoptionibus — — — corrigentes sive tollentes, censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat — — — hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.*"

1) *c.* 10. *C.* 8, 48. „*Si — pater naturalis avo materno filii sui, vel si ipse fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno, vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, maneat stabile ius patris*

Digitized by Google

erstern hingegen das adoptirte Kind nur ein *ius succedendi ab intestato* dadurch erlangen [2]).

§. 92.

B) Von der Arrogation.

Was 1) die bei der Arrogation vorkommenden Subjecte betrifft, so sind dabei in der Regel nur zwei zu bemerken: der arrogirende Vater und der, welcher arrogirt wird; blofs bei der Arrogation eines Pupillen oder Minderjährigen mufs auch die Mitwirkung des Tutors oder Curators hinzukommen. Die Gründe, weshalb Jemand nicht arrogiren kann, sind entweder solche, die allgemein bei jeder Arrogation eintreten [1]), oder besondere, die sich blofs auf

---

adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum." Vgl. §. 2. *I. h. t.*

2) *c.* 10. *pr.* §. 1. *C. cit.* „*Sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam, iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus.* — — *Licentiam damus tali adoptivo patri, i. e. extraneo, si voluerit, nihil ei testamento suo relinquere, sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit, et non legitimo vinculo adstrictum.* — — — *Sed si quidem remaneat in tali adoptione, nulla interveniente emancipatione, in hoc tantummodo prodesse ei volumus adoptionem, ut non successione ab intestato patris adoptivi defraudetur, sed habeat accessionem fortunae (ex patris naturalis sibi voluntate acquisitam.)*" Ueber den Fall, wenn ein leiblicher Ascendent seine Enkel in Adoption giebt, s. Mackeldey §. 254. *a.* — Die Grundsätze über die Beerbung der Adoptiveltern, so wie umgekehrt der Adoptivkinder, kommen im Erbrechte vor.

1) Dahin vorzüglich folgende Fälle: *a*) wenn der Arrogator noch keine 60 Jahre alt ist, ausgenommen wenn Krankheit und Schwäche das eigene Kinderzeugen ihm unmöglich macht, oder wenn er eine nahe verwandte Person arrogiren will.

die Arrogation der Unmündigen [2]) und Minderjährigen [3]) beziehen. Bei den Unmündigen insonderheit mufs der Arrogator Caution leisten: dafs er, im Fall der Arrogirte in der Unmündigkeit sterben sollte, das Vermögen desselben an diejenigen restituiren werde, welche es, auch bei nicht geschehener Arrogation, erhalten haben würden, und dafs er ausserdem dem Arrogirten, wenn er ihn ohne Grund emancipiren oder enterben sollte, ¼ seines Vermögens zufliefsen lassen wolle. (*Quarta divi Pii*) [4]). 2) Die sonstigen Erfordernisse bestehen in einem Rescripte des Princeps, in einer *causae cognitio* der competenten Obrigkeit, und endlich in der Gegenwart und Erklärung des Consenses der genannten Personen [5]). 3) Die Wirkungen der gültig geschehenen Arrogation zeigen sich von Seiten des Arrogators in der dadurch erworbenen väterlichen Gewalt über den Arrogirten und über dessen Kin-

---

will. *Fr.* 15. §. 2. *Fr.* 17. §. 2. D. 1, 7.; *b*) wenn der Arrogator selbst Familie hat, es müfste denn auch hier wieder ein besonderer Grund der Ausnahme eintreten. *Fr.* 17. §. 3. vgl. *Fr.* 15. §. 2. *D. eod.*; *c*) wenn Jemand seine aus einem Ehebruch erzeugten Kinder arrogiren will. *c.* 7. *C.* 5, 27.

2) Niemand darf einen Pupillen arrogiren, der durch seine schlechte bisherige Aufführung und Lebensart, oder auch durch seine geringen Vermögensumstände verdächtig ist. §. 3. *I. Fr.* 17. *pr.* § 2. D. *c.* 2. *C. h. t.*; auch mufs er mit dem Pupillen oder seinen Aeltern durch Verwandtschaft oder besondere Freundschaft verbunden seyn. *Fr*, 17. §. 1. D *eod.*

3) *Fr.* 17. *pr.* D. 1, 7. „*Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit: si minor viginti quinque annis sit, qui adrogatur: ne forte eum ideo adrogat, ne rationes reddat.*“ Eine Ausnahme macht blofs der Stiefvater Vgl. *Fr.* 32. §. 1. D. *eod.*

4) *Fr.* 18—22. D. 1, 7. §. 3. *I.* 1, 11. *c.* 2. *C.* 8, 48.

5) *Fr.* 6. 7. 15. §. 2. *Fr.* 24. 25. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

der; von Seiten des Arrogirten in der rechtmäfsigen Sohnschaft u. s. w. [6]).

Zweites Hauptstück.
Von den Wirkungen der entstandenen väterlichen Gewalt.

§. 93.
I) *Persönliche Wirkungen.*

Dig. XXXVII, 15.

Nach Justinianeischem Rechte sind die persönlichen Wirkungen der väterlichen Gewalt nur noch folgende: 1) der Vater hat das Recht, eine Privatzüchtigung seines Kindes, wenn sie nur nicht in Grausamkeit ausartet, vorzunehmen [1]); 2) er ist befugt, die äussere Freiheit des Familiensohnes zu beschränken und den Aufenthaltsort desselben zu bestimmen [2]); 3) aus der Beleidigung des Va-

6) *Fr.* 40. D. §. 11. *I. h. t.* War der Arrogirte ein Pupill, so hört nun auch die Tutel über denselben, so wie auch die angeordnete Pupillarsubstitution, auf. *Fr.* 17. §. 1. D. *h. t.* vgl. *T. T. I.* III, 11.

1) *c.* 3. *C.* 8, 47. „*Quem (filium), si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis: acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque Praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.*“

2) Der Vater kann bekanntlich gegen den Sohn selbst eine *actio praeiudicialis* (*actio de patria potestate affirmativa*) anstellen. Vgl. Hofacker *principia* §. 274. fg. Gegen einen Dritten findet das *Interdictum de liberis exhibendis, item ducendis* Statt. *T. T. Dig.* XLIII, 20. *Cod.* VIII, 8.

Digitized by Google

ters entsteht für den Sohn keine Injurie, und wenn sie auch entstände, würde doch der Sohn keine Klage deſshalb anstellen können [3].

§. 94.

II) *Wirkungen in Hinsicht auf das Vermögen.*

A) Von den Peculien.

Iust. II, 9. *Dig.* XV, 1. *Cod.* IV, 26.
Donellus *Lib.* IX. *c.* 5.

Unter *Peculium* ist eine Gesammtheit von Sachen zu verstehen, welche der Familiensohn getrennt vom väterlichen Vermögen entweder verwaltet, oder eigenthümlich besitzt. Die Haupteintheilung des Peculs ist die in *militare* und *paganum*; das *militare* ist aber wieder entweder *castrense* oder *quasi castrense*, je nachdem es durch Kriegsdienste (*per militiam sagatam*), oder durch sonstige dem Staate geleistete Dienste (*per militiam togatam*) erworben ist [1]; das *peculium paganum* ist hingegen entweder *profectitium*, welches vom Vater herrührt oder hinsichtlich seiner gegeben ist, oder *adventitium*, welches der Sohn auf andere Art erlangt hat [2]. Bei dem *peculium militare* war der Sohn Eigenthümer und konnte darüber vollkommen frei verfügen [3], während er bei dem *profectitium* die bloſse Verwaltung und den Vortheil hatte, daſs er dasselbe behielt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknahm [4], und bei dem *adventitium*

3) Vgl. §. 12. *I.* 4, 1.

1) Vgl. *T. T. D.* XLIX, 17. *Cod.* II, 7. XII, 31. 37.

2) Dahin insonderheit die *bona materna et materni generis* und *quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur.* Vgl. *T. T. C.* VI, 60. 61.

3) §. 6. *I.* 2, 11. *Fr.* 2. D. 14, 6.

4) §. 1. *I.* 2, 9. §. 20. *I.* 2, 20. *Fr.* 31. §. 2. D. 39, 5.

sich in der Regel mit der bloſsen Proprietät begnügen und dem Vater den Nieſsbrauch und die freie Verwaltung überlassen muſste [5]). Bloſs Ausnahmsweise konnte der Sohn auch an dem *pecul. adventitium* den Ususfruct erwerben, und zwar entweder mit dem Willen des Vaters, wenn dieser ihm denselben gestattete [6]), oder ohne den Willen des Vaters, namentlich wenn das Pecul unter der ausdrücklichen Bedingung dem Sohne gegeben war, *ne ususfructus ad patrem perveniat*, oder wenn er mit dem Vater zugleich einen Bruder und resp. Sohn beerbte, oder wenn er wider Willen des Vaters eine Erbschaft angetreten hatte [7]).

§. 95.

B) Von der Verbindlichkeit des Vaters aus den Handlungen seines Sohnes.

Inst. IV, 7. *Dig.* XIV, 5. *Cod.* IV, 26.
Donellus *Lib* XV, *c.* 51.

Ueber die Verbindlichkeit des Vaters aus den Handlungen seines Familiensohnes gelten folgende Grundsätze: 1) der Vater wird auf das Ganze (*in solidum*) verpflichtet, wenn das verbindliche Geschäft des Sohnes auf seinen Befehl unternommen wurde, und es findet in diesem Falle die *actio quod iussu* Statt [1]); 2) in allen übrigen Fällen kann der Vater nicht auf das Ganze belangt werden, sondern nur entweder mit der *actio tributoria* (*distributoria*) [2]), oder mit der *actio de peculio* [3]), oder mit

5) §. 1. *I. cit. c.* 6. *C.* 6, 60.

6) Vgl. jedoch Thibaut Versuche Th. II. nr. 12.

7) *Fr.* 16. §. 11. *Fr.* 50. D. 36, 1. *Fr.* 52. D 29, 2. *c.* 7. 8. §. 1. *C.* 6, 60. *Nov.* 117. *c.* 1. *Nov.* 118. *c.* 2. Die neuern Rechtsgelehrten bezeichnen diese Fälle mit dem Ausdruck *peculium adventitium irregulare* oder *extraordinarium*.

1) *Dig.* XV. 4. 2) *Dig.* XIV, 4. 3) *Dig.* XV, 1. 2.

Digitized by Google

der *actio de in rem verso* [4]). Die tributorische Klage ist darauf gerichtet, dafs das *peculium profectitium* des Sohnes verhältnifsmäfsig unter die Gläubiger vertheilt werde, wenn es ganz zur Befriedigung derselben nicht hinreicht; die *actio de peculio* überhaupt darauf, dafs die vom Sohne contrahirte Schuld aus dem Pecul, sofern dasselbe hinreicht (*peculiotenus*) getilgt werde; und die *a. de in rem verso* gründet sich darauf, dafs nachgewiesen werden kann, der Sohn habe das obligatorische Geschäft zum Nutzen des Vaters eingegangen, oder das daraus Erhaltene zu dessen Vortheil verwendet.

Drittes Hauptstück.
Von der Aufhebung der väterlichen Gewalt.

§. 96.
I) *Von der Aufhebung an und für sich.*

Inst. I, 12. *Dig.* I, 7. *Cod.* VIII, 49.
Donellus *Lib.* II. *c.* 26. 27.

Der Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt kann entweder in der Person des Vaters, oder in der des Familiensohnes liegen. In der Person des Vaters: sowohl durch seinen natürlichen [1]) und bürgerlichen Tod [2]), als

4) *Dig.* XV, 3. (Alle diese Klagen sind so genannte *actiones adiectitiae qualitatis.*)

1) Vorausgesetzt dafs der Vater, nicht der Grofsvater, die väterliche Gewalt hatte. Vgl. auch *Fr.* 41. D. 1, 7.

2) Dahin die *capitis deminutio maxima* und *media* §. 1 *I.* 1, 12. Bei feindlicher Gefangenschaft tritt eine blofse Suspension der väterlichen Gewalt ein. (*Jus postliminii* und *fictio legis Corneliae*) §. 5. *I. eod.*

Digitized by Google

durch die von ihm vorgenommene Emancipation des Sohnes. In der Person des Familiensohnes: gleichfalls durch seinen natürlichen und bürgerlichen Tod, und dadurch, dafs ihm eine vorzüglich hohe Würde ertheilt wird [3]). Unter Emancipation [4]) insonderheit ist die gesetzmäfsige Erklärung des Vaters zu verstehen, wodurch er sein Kind aus der Gewalt entläfst. Sie ist nach neuerm Recht von doppelter Art: entweder *emancipatio Anastasiana* oder *Justinianea*. Jene geschieht unter Abwesenden *per rescriptum principis* [5]), diese unter Gegenwärtigen mittelst einer Erklärung des Vaters vor Gericht, dafs er das Kind aus seiner Gewalt entlasse [6]).

§. 97.

II) *Wirkungen der geschehenen Aufhebung.*

Die Wirkungen der geschehenen Aufhebung der väterlichen Gewalt lassen sich auf die beiden Sätze zurückführen: dafs 1) die Aufhebung an und für sich betrachtet, in der Regel [1]) immerdauernd ist; der einmal emancipirte Sohn kann wider seinen Willen nicht wieder unter die väterliche Gewalt kommen [2]); 2) dafs mit der Aufhebung natürlicher Weise zugleich alle damit verbundenen Rechte, sowohl des Vaters als des Sohnes, wegfallen müssen [3]).

---

3) Vgl. *c.* 5. *C.* 12, 3. *Nov.* 81.

4) *T. T. C.* VIII, 49. Gerl. Scheltinga *D.* I. II. *de emancipationib. Franeq.* 1730. 2731. 4. (*in* Fellenberg. *iurispr. antiq. T.* II *nr.* 18.)

5) *c.* 5. *C.* 8, 49. 6) §. 6. *I.* 1, 12. *c.* 6. *C.* 8, 49.

1) Ueber die Ausnahmen vgl. *c. un. C.* 8, 50. *c.* 9. *C.* 9, 51.

2) *Fr.* 11. D. 1, 6. 3) §. 9. *I.* III, 1.

Digitized by Google

Dritter Hauptabschnitt.
Von der Vormundschaft.

Erster Hauptstück.
Von der Tutel.

Dig. XXVI, 1. *Inst.* I, 13.

Donellus *in Comm. lib.* III. — Joh. Bernh. Wiesner Vormundschaftsrecht Th. I. Halle 1785. — J. F. von Leonhardi Versuch einer Vormundschaftslehre. Giessen 1799.

§. 98.

Unter Tutel ist die öffentlich übertragene Befugnifs und Pflicht zu verstehen, die Aufsicht und Sorge über die Person eines sich selbst überlassenen Unmündigen oder Pupillen zu führen, auch das Vermögen desselben zu verwalten [1]). Die Tutel unterscheidet sich gerade darin von der Curatel, dafs sie ein öffentliches, vorzüglich in der Erziehung eines Unmündigen bestehendes Amt ist, während die Curatel ein öffentliches Amt ist, welches vorzüglich die Verwaltung des Vermögens eines Menschen

1) Der alte Jurist Servius Sulpicius definirt die Tutel im *Fr.* 1. D. *h. t.* als eine „*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*“ Vgl. über diese oft bestrittene und vielfach erklärte Definition Ge. Christ. Gebauer *Fr. de Servii Sulpicii Rufi definitione tutelae in L.* 1. *pr. D. et* §. 1. *I. de tutel. Gott.* 1738. (*in Exercitatt. acad. T.* II. *p.* 689. *sq.* Christoph Wagner *Lib. sing. de genuino definitionis tutelae intellectu. Lps.* 1742. 4.

Digitized by Google

zum Gegenstande hat, der zwar mündig und *sui iuris*, aber wegen seines minderjährigen Alters oder aus andern Ursachen gehindert ist, seinen Angelegenheiten selbst vorstehen zu können [2]). Die Tutel ist gleichsam ein Surrogat der väterlichen Gewalt [3]), und wir müssen dabei ihrer Wichtigkeit wegen etwas länger verweilen.

Erster Abschnitt.

Von den zur Begründung der Tutel nöthigen Erfordernissen.

§. 99.

I) *Von den bei der Tutel vorkommenden Subjecten.*

Was zunächst den Pflegbefohlenen oder Pupillen betrifft, so mufs dieser ein unmündiger römischer Bürger seyn, der sich selbst überlassen, *sui iuris* ist [1]).

---

2) Vgl. Joh. Friedr. von Meyer Preisschrift von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel u. s. w. Fkf. a. M. 1803. 8. Ganz vorzüglich sind hier zu erwähnen: Egid. von Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel. Wetzlar 1809. 8. (Auch in dessen und v. Grolman's Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb. Th. I. H. 1.) und Albrecht Schweppe über d. Grundbegriff der Tutel und Curatel, in dessen jurist. Magazin Bd. I. H. 1. nr. 7.

3) Ulrich Huber (*in Digressionib. Iustinian.*) nennt sie geradezu eine „*patria potestas vicaria*".

1) Dem Pupillen, dessen Vater sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, kann wohl ein Curator, aber kein Tutor gegeben werden. *Fr.* 6. §. 4. D. *h. t.*

Digitized by Google

Der Tutor [2]) auf der andern Seite mufs das Amt der Tutel gehörig verwalten können, d. h. es darf ihm weder ein natürliches Hindernifs wegen Geisteskrankheit [3]), wegen mangelnden Alters [4]), oder wegen eines körperlichen Gebrechens im Wege stehen, noch darf ein rechtliches Verbot bei ihm eintreten. Das Letztere ist der Fall bei solchen, die keine römischen Bürger sind, insonderheit bei Sclaven und Deportirten [5]), ferner bei Weibern, die Mutter und Grofsmutter ausgenommen [6]), bei Soldaten [7]), und endlich bei Schuldnern und Gläubigern des Unmündigen [8]).

---

2) Der Name *Tutor* will so viel sagen als; *Tuitor, i. e. qui pupillum tuetur, defendit;* daher auch der Ausdruck *defensor* und *defensio* mit *tutor* und *tutela* synonim vorkommt. Vgl. *Fr.* 1. D. §. 2. *I. h. t.* Gellius *in N. A.* XII, 10. Menagii *amoenitates iuris civil. cap.* 38.

3) Vgl. jedoch *Fr.* 11. D. 26, 1. „*Furiosus, si tutor datus fuerit, potest intelligi ita dari, cum suae mentis esse coeperit. Fr.* 10. §. 3. D. 26, 2. *Fr.* 10. §. 8. *Fr.* 12. *pr.* D. 27, 1. „*in locum eius curator interim dabitur.*“

4) §. 13. *I.* 1, 25. „*quum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*“ *c.* 5. *C.* 5, 30.

5) §. 4. *I.* 1, 12. *Fr.* 22. D. 26, 2. *c.* 7. *C.* 5, 34.

6) Ehemals mufsten sie um die Tutel, besonders beim Princeps, nachsuchen (*impetrare tutelam*). *Fr.* 18. D. 26, 1. Justinian hat dieses aber aufgehoben. Ueber die näheren Voraussetzungen dieser Tutel vergl. *c.* 2. *C.* 5, 55. *Nov.* 118. *c.* 5. und die daraus entlehnte *Auth. Matri et aviae C. eod.*

7) § 14. *I.* 1, 25. *c.* 4. *C.* 5, 34.

8) Vgl. *Nov.* 94. *c.* 2. *Auth. Ad haec et si deb. C.* 5, 35. Eine Ausnahme macht jedoch die *mater tutrix.*

Digitized by Google

§. 100.

II) *Von der gehörigen Uebertragung der Tutel.*

A) Delation durch ein Testament (*Tutela testamentaria*).

1) Von der gleich Anfangs gültigen testamentarischen Tutel.

Inst. I, 14. *Dig.* XXVI, 2. *Cod.* V, 28.

van Bynkershoek *Observatt. iur. Rom.* II, 17. — Io. Pet. de Ludewig *differentiae iur. Rom. et Germ. in tutelis testam. et legitima. Halae* 1712. 4.

Hinsichtlich der Befugniſs, eine testamentarische Tutel anzuordnen, ist zu bemerken, daſs nur ein solcher Parens, der väterliche Gewalt hat [1], befugt ist, in seinem Testamente den unmündigen Kindern, ohne Unterschied des Geschlechts, des Grades und der Geburt [2] einen Tutor zu ernennen. Der Tutor selbst darf, wie überhaupt, weder physich noch rechtlich verhindert seyn [3], und die Bestellung selbst muſs entweder in einem eigentlichen Testamente, oder in einem bestätigten Codicill geschehen [4],

1) Nicht einmal der Patron konnte seinem unmündigen Liberten einen testamentarischen Tutor geben. *Fr.* 28. §. 2. D. 26, 2.

2) §. 3. 4. *I.* 1. 13. *Fr.* 1. *pr.* §. 1. D. 26. 2. Bei den Enkeln u. s. w. wird jedoch vorausgesetzt, daſs sie nach dem Tode des Testators nicht in eine andere väterliche Gewalt kommen. Vgl. *Fr.* 28. D. 29, 1. Auf die Erbeinsetzung des Kindes kommt es übrigens nicht an. *Fr.* 14. D. *h. t.*

3) Paulus sagt im *Fr.* 21 D. 26, 2.: „*tutores hi dari possunt, cum quibus est testamentifactio*", d. h. aber nur so viel; daſs diejenigen *cum quibus non est testamentifactio*, keine Tutoren seyn können; denn es giebt viele, die zu Erben eingesetzt und doch keine Tutoren werden können.

4) *Fr.* 3. 9. D. *h. t.* So lange es noch ungewiſs ist, ob das Testament gültig ist oder nicht, muſs ein Interimstutor ernannt werden, *Fr.* 10. D. *h. t.* anders, wenn es im

Digitized by Google

auch sonst die gehörigen Erfordernisse an sich tragen. Die testamentarische Tutel kann übrigens sowohl bedingt, als unbedingt, von einer gewissen Zeit an, und selbst bis zu einer gewissen Zeit [5]) angeordnet werden; doch darf, zufolge des Libonianischen Rathschlusses, der Tutor das Testament nicht selbst geschrieben haben [6]). Auf jeden Fall mufs der ernannte Tutor gewifs seyn, und er kann nicht blofs einer gewissen Handlung oder Sache, sondern er mufs stets der Person gegeben werden [7]). — Bei der wirklichen Anordnung einer solchen testamentarischen Tutel kommt es in gewissen Fällen auf eine nähere Auslegung des vom Testator erklärten Willens an, insonderheit mufs untersucht werden, was unter den Ausdrücken: *filii*, *liberi* und *posthumi* zu verstehen ist [8])? und ob nicht bei den schlechthin ernannten unfähigen Tutoren die Bedingung der nachher erlangten Fähigkeit sich von selbst versteht [9])?

§. 101.

2) Von der durch Confirmation gültig werdenden testamentarischen Tutel.

Dig. XXVI, 3. *Cod.* V, 29.

Sind die testamentarischen Tutoren nicht auf die gehörige Art, oder nicht von dem, der vermöge der väter-

---

Namen des Pupillen angefochten wird. Vergl. *Fr.* 26. §. 2. *Fr.* 27. *pr.* *Fr.* 31. D. *h. t.*

5) §. 3. I. *Fr.* 8. §. 1. D. *h. t.*

6) Vgl. jedoch *Fr.* 29. D. *eod.*

7) „*Personae non rei vel causae tutor datur.*“ *Fr.* 12—14. D. *h. t.* ausgenommen *si universo patrimonio alicuius loci tutor detur. Fr.* 15. D. *eod.*

8) §. 5. *I. Fr.* 5. D. *h. t.* vgl. mit *Fr.* 220. D. 50, 16. u. *Fr.* 16. D. *h. t.*

9) §. 2. *I. Fr.* 10. §. 3. 4. D. *h. t.*

Digitized by Google

lichen Gewalt dazu befugt war, ernannt worden, so mufs eine Bestätigung der Obrigkeit hinzukommen, wodurch der vorhandene Mangel gehoben wird. Nur bei solchen Tutoren findet aber diese Bestätigung Statt, welche besonders von den Gesetzen begünstigt sind [1]), und die Confirmation selbst erfolgt entweder nach vorgängiger Untersuchung der Vermögensumstände des Tutors oder ohne dieselbe. Ohne weitere Untersuchung (*sine inquisitione*) wird der vom Vater seinem emancipirten Kinde oder in einem ungültigen Testamente, oder nicht auf die gehörige Art ernannte Tutor bestätigt; eben so der von einem Extraneus bestellte Tutor, welcher den sonst nichts im Vermögen habenden Pupillen zum Erben eingesetzt hat [2]). Nach vorgängiger Untersuchung hingegen wird der von der Mutter, oder vom ausserehelichen Vater, oder vom Patron seinen unmündigen Freigelassenen bestellte Vormund bestätigt [3]). Die Wirkung der erfolgten Confirmation besteht darin, dafs die bestätigten testamentarischen Vormünder, eben so wie die gleich Anfangs gültig ernannten, allen übrigen vorgezogen werden, und dafs die sonst nothwendige Satisdation (vgl. §. 106.) nicht von ihnen verlangt wird [4]).

---

1) Ueber die einzelnen Fälle, in welchen eine solche Begünstigung eintritt, vgl. *Fr.* 2. 3. 4. 7. D. *h. t.* *Fr.* 28. §. 2. D. 26, 2.

2) §. 5. *I.* 1, 13. *Fr.* 3. 4. 6. D. *h. t.*

3) *Fr.* 2. 7. *pr.* D. *eod.* *Fr.* 28. §. 2. D. 26, 2.

4) *Fr.* 3. D. *h. t.* „*Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento, aut non ut Lege praecipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde ac si ex testamento tutor esset: id est ut satisdatio ei remittatur.*“

Digitized by Google

§. 102.

B) Delation durch unmittelbar gesetzliche Vorschrift (*Tutela legitima*).

Inst. I, 15. *Dig* XXVI, 4. *Cod.* V, 30. 35. *Nov.* 118. *c.* 5.

Io. a Teylingen *de legitima tutela. Lugd. B.* 1706. 4. — Car. Frid. Walch *de tutela extraneorum legitima. Ien.* 1753. 4.

Wenn die testamentarische Tutel nicht vorhanden, oder nicht zu hoffen ist [1], oder wenn sie durch den Tod des testamentarischen Tutors aufgehört hat [2], so kommt nun die unmittelbar gesetzliche Tutel zur Anwendung. Justinian hat nemlich den allgemeinen Grundsatz aufgestellt: dafs die gesetzliche Tutel denselben Personen deferirt werden soll, welche auf die Intestaterbschaft des Pupillen den nächsten Anspruch machen können, vorausgesetzt dafs sie überhaupt zur Tutel fähig sind. (*Ubi successionis emolumentum est, ibi et tutelae onus esse debet.*) [3] Mehrere gleichberechtigte

---

1) *Fr.* 11. *pr.* D. 26, 2. „*Si quis sub conditione, vel ex die, tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat; sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.*“

2) §. 2. *I.* 1, 15. *Fr.* 11. §. 3. D. 26, 2. Wenn der testamentarische Tutor durch Excusation oder Remotion nicht zur Tutel gelangt, oder davon ausgeschlossen wird, so findet dative Tutel Statt. *Fr.* 11. §. 1. 2. D. *eod.*

3) Der im *Fr.* 1. D. *h. t.* angegebene Grund ist: „*ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona: ne dilapidarentur.*“ (Ehemals gab es ausser der *legitima patronorum tutela*, welche Justinian unverändert gelassen hat, noch drei besondere Arten der gesetzlichen Tutel, die *legitima parentum, fiduciaria* und *agnatorum tutela*. vgl. *Inst.* I, 15. 17—19. Diese Arten der Tutel mufsten nach aufge-

Digitized by Google

Intestaterben müssen zusammen zur Tutel gelassen werden, es steht ihnen jedoch frei, einen aus ihrer Mitte zur Verwaltung der Tutel zu wählen, wodurch aber ihr voriger Nexus keineswegs aufgehoben wird [4]). Sollte der nächste Intestaterbe absolut unfähig seyn, so wird die Tutel auf den unmittelbar folgenden übertragen. Die Mutter und Grofsmutter wird allen Seitenverwandten, aber nur diesen [5]), vorgezogen, sie kommt jedoch blofs wenn sie will zur Tutel und wenn sie den weiblichen Bürgschaftswohlthaten und einer künftigen Ehe entsagt hat [6]).

§. 103.

C) Delation durch die Obrigkeit (*Tutela dativa*).

Inst. I, 20. *Dig.* XXVI, 5. 6. *Cod.* V, 31. 32. 34. 36.

Io. Pet. de Ludewig *Differentiae iuris Rom. et Germ. in tutela Atiliana. Hal.* 1713. 4.

Die dative Tutel folgt in der Regel auf die gesetzliche [1]), worunter diejenige Vormundschaft zu verstehen ist, welche, der gesetzlichen Vorschrift gemäfs, von der competenten Obrigkeit bestellt wird [2]). Ueberhaupt kann aber ein Jeder auf diese Art zum Vormunde ernannt werden, der physisch und gesetzlich der Tutel fähig ist;

---

hobenem Unterschiede zwischen Agnaten und Cognaten wegfallen.)

4) §. 7. *I.* 1, 16. *Fr.* 9. D. *h. t. Nov.* 118. *c.* 5. *Auth.* „*Sicut hereditas*“ *C. h. t.*

5) *Nov.* 118. *cap.* 5. „*Haec enim servantes, omnibus a latere cognatis quoad tutelam praeponuntur: testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas: defuncti namque voluntatem et electionem praeponi volumus.*“

6) *Nov.* 94. *c.* 1. 2. *Nov.* 118. *c.* 5.

1) Vgl. jedoch §. 102. Note 1. u. 2.

2) *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 3. D. 26, 5. §. 4. 5. *I.* 1, 20.

Digitized by Google

nur dürfen ihn die Aeltern nicht von der Tutel ausgeschlossen haben [3]). Gegeben mufs aber derjenige werden, welcher von gewissen Personen, die dazu ein Recht haben, gebeten oder in Vorschlag gebracht ist. (*Jus petendi tutorem.*) Dieses Recht ist entweder ein freiwilliges, oder nothwendiges; jenes ist den Verwandten, Freunden und Erziehern gestattet, dieses aber theils der Mutter und Grofsmutter, theils den Erben des Unmündigen, bei Verlust des Successionsrechts auferlegt [4]). Die Ernennung selbst kann nur nach vorausgegangener Untersuchung und in der Regel nicht bedingt, oder unter einer hinzugefügten Zeitbestimmung geschehen [5]).

§. 104.

III) *Von der Uebernahme der gehörig übertragenen Tutel.*

Die Tutel ist ein *Munus publicum*, und mufs daher in der Regel nothwendig übernommen werden, es müfste denn ein besonderer Umstand eintreten, vermöge dessen Jemand entweder freiwillig die Tutel aufgeben kann, oder nothwendig davon entfernt werden mufs. Ein solcher Umstand kann aber entweder die Tutel gänzlich aufheben, oder blofs die Befugnifs, sie zu verwalten, aufschieben. Das Erstere ist der Fall, wenn der Tutor eine gesetzmäfsige Entschuldigung vorbringt, oder wenn er wegen eines auf ihn fallenden Verdachtes nicht zugelassen wird; das Letztere, wenn er noch kein förmliches Inventar über das

---

3) *Fr.* 21. §. 1. 6. *Fr.* 24. D. *eod.*

4) *Fr.* 2. *pr.* §. 1. 3. D. 26, 5. *c.* 10. *C.* 6, 58.

5) Der Grund ist, weil die *datio tutoris* ursprünglich ein *Actus legitimus* war, „*qui in totum vitiabatur per temporis, vel conditionis adiectionem.*“ *Fr.* 6. §. 1. D. 26, 1. *Fr.* 77. D. 50, 17.

Digitized by Google

gesammte Vermögen des Pupillen aufgenommen [1]), oder in den Fällen, wo es von ihm verlangt wird, noch keine Sicherheit geleistet hat [2]).

105.

A) Von der gesetzmäfsigen Entschuldigung.

Inst. I, 25. *Dig.* XXVII. 1. *Cod.* V, 62—69.

Cujacii *comment. ad tit. D. de excusat.* — Glob. Aug. Jenichen *de excusationib. tutor. et curatorum. Gies.* 1755. 4.

Bei der Lehre von der Entschuldigung des Tutors treten die beiden Hauptbestimmungen ein: dafs die Entschuldigung selbst auf einem gesetzlichen Grunde beruhen, und dafs sie auf die gehörige Art vorgeschützt werden mufs. Die gesetzlichen Gründe der Entschuldigung beziehen sich entweder auf die in der Person des Tutors [1]) oder in andern Umständen [2]) liegende Unfähigkeit, die

---

1) *Fr.* 7. *pr.* D. 26, 7. *c.* 24. *C.* 5, 37.

2) Da die Gründe des Verdachtes, die gleich Anfangs von der Tutel ausschliefsen, auch die Aufhebung der schon übertragenen Tutel bewirken, so soll davon erst im dritten Abschnitte, bei der Beendigung der Tutel geredet werden, und es wird demnach in den folgenden beiden Paragraphen blofs von der gesetzmäfsigen Entschuldigung und von der Sicherheitsleistung des Tutors näher gehandelt.

1) Insonderheit wenn er älter als 70 Jahre, oder so kränklich ist, dafs er seinen eigenen Angelegenheiten nicht vorstehen kann, und wenn er weder lesen noch schreiben kann. Wissenschaftliche Bildung braucht aber der Tutor nicht gegerade zu besitzen. §. 7. 8. 13 *I.* 2. *Fr.* 2. *pr.* 6 §. 19. *Fr.* 10. §. 8. D. *h. t. c. un. C.* 5, 68.

2) Dahin gehören theils innere häusliche Umstände und Angelegenheiten des Tutors: wenn er in einer äusserst dürftigen ökonomischen Lage sich befindet, und wenn er zu Rom

Tutel zu verwalten, oder auf einen gegründeten Verdacht, oder auf das Amt und die Würde des Tutors [3], oder auf die Verdienste desselben um den Staat [4] u. s. w. — Die Art und Weise, wie der Tutor nach röm. Rechte eine ihm zustehende gesetzliche Entschuldigung vorschützen mufs, besteht darin, dafs er innerhalb der ersten 50 Tage vom Augenblicke der erfahrenen Delation, wenn er nicht zu weit entfernt ist, sich auf die Entschuldigung bei der competenten Obrigkeit berufen, den angeführten rechtmäfsigen Grund derselben beweisen und um Befreiung von der Tutel bitten mufs [5].

§. 106.

B) Von der Sicherheitsleistung des Tutors.

Inst. I, 24. *Dig.* XLVI, 6. *Cod.* V, 42.

Die Sicherheit mufs von dem Tutor durch Bürgen geleistet werden, es ist eine *satisdatio*, wodurch Ersatz des, durch die schlechte Verwaltung der Tutel dem Pupillen zugefügten Schadens versprochen wird, den der

---

Rom drei, in Italien vier und in den Provinzen fünf aus einer legitimen Ehe erzeugte noch lebende Kinder hat. *pr.* §. 6. *I. Fr.* 2. §. 2 — 5. *Fr.* 7. 18. D. *h. t.*; theils äussere Angelegenheiten: wenn der Tutor schon mit drei wirklichen Tutelen belastet ist, oder zwar mit einer einzigen, wobei aber das Vermögen des Pupillen sehr verbreitet und zerstreut ist, §. 5. *I. Fr.* 18. *D. h. t. c. un. C.* 5, 69., eben so wegen Verwaltung fiscalischer und öffentlicher Sachen und wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; die letztere entschuldigt bei einer neu übertragenen Tutel noch ein Jahr nachher. §. 1. 2. *I. Fr.* 10. § 1. *Fr.* 22. §. 1. 26. 41. *D. h. t.*

3) §. 3. *I. Fr.* 17. §. 5. *D. h. t.*

4) *Fr.* 6. §. 1. *Fr.* 8. *D. eod. c.* 2. *C.* 5, 65. *c.* 6. *C.* 20, 52. *c. un. C.* 10, 53.

5) §. 16. *I. h. t. c.* 6. 18. *C.* 5, 62.

Digitized by Google

Tutor selbst zu vergüten nicht im Stande ist. Die testamentarischen Tutoren, sowohl die gleich Anfangs gültig bestellten, als die gerichtlich bestätigten, sind frei von dieser Bürgschaft [1]; die gesetzlichen und dativen Tutoren aber müssen sie stets leisten und können durch Auspfändung dazu gezwungen werden. Vor geleisteter Bürgschaft leiden die Tutoren den Nachtheil, dafs Alles, was sie unternehmen, *ipso iure* nichtig ist, während sie doch auf der andern Seite aus ihren Nichthandlungen dem Pupillen verantwortlich werden [2].

Zweiter Abschnitt.

Von den Wirkungen der gehörig constituirten Tutel.

§. 107.

I) *Persönliche Wirkungen.*

Die Gewalt des Tutors über seinen Pflegbefohlenen ist bei Weitem nicht so unbeschränkt, als die des Vaters über seine Kinder. So oft namentlich über die Ernährung und Erziehung, oder über den Aufenthaltsort, des Pupillen zwischen dem Tutor und den Verwandten des Mündels, Uneinigkeit entsteht, kann die Sache nur allein von der Obrigkeit untersucht und entschieden werden [1].

1) Vgl. jedoch §. 1. *I. h. t. Fr.* 17. *D.* 26, 2.

2) §. 3. *I, c.* 1 — 3. *C. h. t.*

1) *T. T. D.* XXVII, 2. *Cod.* V, 29.

§. 108.

II) *Wirkungen in Hinsicht auf das Vermögen.*

A) Von der Verwaltung des Vermögens an und für sich.

Dig. XXVI, 7. *Cod.* V, 37. 38.

Die Verwaltung des Vermögens an und für sich besteht darin, dafs 1) der Tutor die gehörige Aufsicht über dasselbe führen und daher auch dasjenige, was dem Pupillen gehört, sowohl aussergerichtlich als gerichtlich verfolgen, sonst aber für den erwachsenen Schaden einstehen mufs [1]; 2) dafs er schuldig ist, die beweglichen Sachen, die ohne Nachtheil nicht aufbewahrt werden können, zu veräussern, alle übrigen aber nur, wenn der Vater des Pupillen in seinem Testamente, oder wenn die Obrigkeit es erlaubt hat [2]; 3) dafs er auf die Vermehrung und gehörige Verwendung des Vermögens bedacht seyn mufs [3]; 4) endlich, dafs seine Genehmigung (Auctoritas) erforderlich ist, wenn der der Kindheit entwachsene Pupill Geschäfte, die ihm nachtheilig werden können, eingegan-

---

1) *L.* 22. 46. §. 5. 7. *D.* 26, 7. *c.* 13. *C.* 5, 37.

2) *T. T. Dig.* XXVII, 9. *Cod.* V, 71—74.

3) *Fr.* 12. §. 1. *Fr.* 13. §. 2. *D.* 26, 7. *c.* 25. *C.* 5, 37. Wenn insonderheit der Tutor das Geld des Pupillen nicht gehörig verwendet, sondern unbenutzt hat liegen lassen, so mufs er selbst die Zinsen davon entrichten. *Fr.* 7. §. 3. *Fr.* 15. *D.* 26, 7. „*Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit: ipse in debitam pecuniam, et in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.*“ Vgl. *T. T. Cod.* V, 56. (*de usuris pupillarib.*) und *Nov.* 72. *c.* 6—8. (Ueber die Verbindlichkeit der Vormünder, ein genaues Inventar zu errichten, und gehörige Rechnung abzulegen, s. Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1577. Tit. 32. §. 2. 3.)

Digitized by Google

gen hat [4]). — Wenn mehrere Tutoren bestellt sind und zwar so, dafs Alle die Tutel verwalten sollen, nicht blofs einige *honoris* oder *notitiae causa* beigegeben sind, so wird die Art der Verwaltung gewöhnlich von der Obrigkeit festgesetzt und regulirt [5]).

§. 109.

B) Von den aus der Verwaltung entspringenden Rechtsmitteln.

Dig. XXVII, 3. 4. *Cod.* V, 51. 58.

Die aus der Verwaltung der Tutel, gleichsam wie aus einem Contracte, entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten werden 1) von dem Pflegbefohlenen, und zwar gegen den Tutor selbst, mit der *actio tutelae directa* und mit der *actio de rationibus distrahendis* durchgesetzt. Die erste Klage geht dahin, dafs der Tutor Rechnung ablege und Alles dasjenige ersetze, wozu er wegen schlechter oder vernachlässigter Verwaltung gehalten ist. Mit der andern Klage hingegen kann der Pupill, wenn arglistig falsche Rechnungen abgelegt sind, eine neue Prüfung derselben und das Doppelte dessen, was unterschlagen ist, verlangen [1]). Gegen die Bürgen und *nominatores*, welche als Bürgen betrachtet werden, d. h. diejenigen, welche um der Tutel zu entgehen, untaugliche Subjecte in Vorschlag gebracht haben, kann aus der Bürgschaft mit der *actio ex stipu-*

4) *T. T. Inst.* I, 21. *Dig.* XXVI, 8. *Cod.* V, 59.

5) Vgl. *Fr.* 3. §. 6—9. *D.* 26, 7. *T. T. C.* V, 40. 52.

1) Beide Klagen finden *utiliter* auch gegen den *curator* und gegen den *protutor* (der *bona fide* sich als Tutor gerirt hat) Statt: *T. T. Dig.* XXVII, 5. *Cod.* V, 45. und wenn Jemand dolos als falscher Tutor aufgetreten ist, so kann eine *actio in factum* gebraucht, oder *restitutio i. i.* gebeten werden. *T. T. Dig.* XXVII, 6.

Digitized by Google

latu geklagt werden. Die Erben des Tutors sind nicht blofs wegen des von ihrem Erblasser begangenen Betruges und groben Versehens gehalten, sondern es kann bisweilen auch aus ihrer eigenen Person geklagt werden, insonderheit wenn sie die vom Erblasser angefangenen Geschäfte nicht zu Ende gebracht oder fortgesetzt haben, oder wenn sie Sachen des Pupillen besitzen und das Geld desselben zu ihrem Vortheil verwendet haben u. s. w. Gegen die Obrigkeit endlich (bei den Römern gegen die *magistratus minores*) findet, wenn sie sich entweder gar keine oder keine gehörige Sicherheit hat bestellen lassen, gleichfalls eine *actio subsidiaria* Statt [2]). — 2) Von dem Vormunde auf der andern Seite, kann nach geendigter Tutel mit der *actio tutelae contraria* auf Entschädigung geklagt werden [3]).

Dritte Abschnitt.

Von der Aufhebung der Tutel.

Inst. I, 22. *Cod.* V, 60.

---

§. 110.

I) *Von der Aufhebung die* ipso iure *erfolgt.*

Der Grund der *ipso iure* eintretenden Aufhebung der Tutel kann liegen: 1) entweder in der Person des Pu-

2) *T. T. Dig.* XXVII, 7. (*de fideiussorib. et nominatorib. et heredib. tutorum et curatorum*) 8. (*de magistratib. conveniendis*) *Cod.* V, 54. 57. 75.

3) Der Curator und Protutor kann diese Klage gleichfalls zu jeder Zeit anstellen.

Digitized by Google

pillen, wenn er stirbt, auf irgend eine Art seinen Zustand verändert, oder mündig wird [1]; 2) oder in der Person des Vormundes gleichfalls wenn er stirbt [2], oder *capitis deminutio maxima* oder *media* erleidet [3]; 3) oder endlich in dem Willen des Deferenten, wenn namentlich der Vater in seinem Testamente den Tutor bedingt oder bis zu einer gewissen Zeit ernannt hat, und nun die Zeit oder Bedingung existirt [4].

§. 111.

II) *Von der Aufhebung die von der Obrigkeit erkannt werden muſs, insonderheit von der* suspecti accusatio.

Inst. I, 26. *Dig.* XXVI, 10. *Cod.* V, 43.

Die Obrigkeit erkennet die Aufhebung der Tutel entweder mit [1], oder wider den Willen des Tutors. Das Letztere ist der Fall, wenn der Tutor als verdächtig angeklagt ist und darauf von der Tutel entfernt wird. Verdacht entsteht aber nicht bloſs, wie sich von selbst versteht, wenn es ausgemacht ist, daſs der Tutor die Tutel

---

1) *Pr.* §. 1. 3. 4. *I.* c. 3. *C. h. t.*

2) *Fr.* 16. §. 1. *D.* 26, 1. „Et *sciendum est, nullam tutelam hereditario iure ad alium transire.*“

3) *Fr.* 14. §. 2. *D.* 26, 1. §. 4. *I. h. t.*

4) §. 2. 5. *I. h. t. Fr.* 14. §. 3. 5. *D.* 26, 1.

1) Die vorzüglichsten dahin gehörenden Fälle sind folgende: *a*) wenn der Tutor sich in Staatsangelegenheiten entfernen muſs, wiewohl die Abwesenheit nur so lange befreiet, als sie dauert, §. 2. *I.* 1, 25.; *b*) wenn er in das *consilium principis* aufgenommen ist, *Fr.* 30. *D.* 27, 1.; *c*) wenn er seinen Wohnort mit Erlaubniſs des Princeps verändert, *Fr* 12. §. 1. *D. eod.*; *d*) wenn er nach übernommener Tutel stumm, taub, blind, wahnsinnig und überhaupt sehr kränklich wird. *Fr* 40. *D. eod.* Die Krankheit befreiet jedoch wieder nur so lange, als sie dauert.

Digitized by Google

nicht seiner Pflicht gemäfs verwaltet, sondern auch, wenn sonst ein gerechter Grund vorhanden ist anzunehmen, dafs der Tutor insgeheim die Tutel nicht mit der gehörigen Treue verwalte, oder dieses künftig nicht thun werde. Das Erstere ist der Fall, wenn der Tutor dasjenige thut, was er nicht thun darf, oder dasjenige auf eine gröbliche Weise unterläfst, was er thun mufs; das Letztere aber, wenn der Tutor die Tutel angenommen hat, da er sich wegen eines gegründeten Verdachts gleich Anfangs hätte entschuldigen können [2]; eben so wenn er bei der über ihn angestellten Untersuchung sich zu Bestechungen hat verleiten lassen, wenn er über das Vermögen des Pupillen ein Inventar zu errichten versäumt hat, oder wenn er sich weigert seinem Mittutor über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen u. s. w. [3] Die *suspecti accusatio* war *quasi publica* [4]. So lange der Procefs dauert, wird dem Tutor die Verwaltung entzogen [5], nach geendigtem Pro-

2) Dahin gehört insonderheit, wenn der Vormund sich auf das älterliche Verbot berufen konnte, *Fr.* 21. § 2. *D.* 26, 5. oder auf bittere Feindschaft (*inimicitiae capitale*) mit dem Vater des Pupillen, ohne dafs vor dessen Tode eine Aussöhnung erfolgte, § 9. u. 11. *I.* 1, 25., oder auf einen wichtigen Procefs, den er mit dem Pupillen führt, oder mit dessen Vater geführt hat. §. 4. 12. *I.* 1, 25. *Fr.* 6. §. 18. *Fr.* 21. *D.* 27, 1. Auch die Schuldner und Gläubiger des Unmündigen (s. §. 99.) sind hieher zu rechnen. Vgl. *Nov.* 72. *c.* 1. *Auth. Minoris debitor C.* 5, 34.

3) *Fr.* 3. §. 12. 14. 15. *D.* 26, 10. §. 5. 10. *I.* 1, 26. *Fr.* 7. 19. *D.* 26, 7. Ueberhaupt gilt der in der *c.* 5. *C.* 5, 43. bemerkte Grundsatz: „*In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur perpendi oportet.*“

4) § 3. *I.* 1, 26. *Fr.* 1. § 6. *D.* 26, 10. *c.* 6. *in f. C.* 5, 43.

5) Die Begünstigung des Pupillen macht, dafs hier ganz abgewichen wird von der sonst geltenden Regel: *pendente lite nihil debet innovari.* §. 7. *I.* 1, 26. *c.* 8. *C.* 5, 43.

Digitized by Google

cesse aber wird derselbe, wenn sich zeigt, dafs er arglistig zu Werke gieng, mit Infamie bestraft.

Zweites Hauptstück.

Von der Curatel.

Inst. I, 23. *Dig.* XXVII, 10. *Cod.* V, 70.

§. 112.

Vorerinnerung.

Die Curatel richtet sich im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen, die bei der Tutel bisher entwickelt sind [1]), und sie ist entweder Curatel im eigentlichen Sinne, oder *cura bonorum.* Jene wird einer gewissen Person vorzüglich zur Verwaltung ihres Vermögens (s. §. 98.) und nebenbei zur persönlichen Aufsicht constituirt, diese aber blofs einem gewissen Vermögen, ohne dafs zugleich eine gewisse Aufsicht und Fürsorge hinsichtlich der Person des Curanden dabei Statt finden kann [2]). Die einzelnen Fälle der *cura bonorum* sind folgende: 1) wenn die minderjährigen Familiensöhne mit dem Vater über ihr freies Vermögen ein Geschäft eingehen wollen,

1) *Fr.* 13. *pr. D.* 27, 1. „*In paucissimis — distant curatores a tutoribus.*“

2) *Fr.* 48. *D.* 26, 7. „*Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive, magna est differentia: quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.*“

Digitized by Google

oder die Pflegbefohlenen mit ihrem Vormunde [3]); 2) wenn ein *posthumus*, dem das Vermögen zufällt, erwartet wird, (*cura ventris*) [4]); 3) wenn von einer *hereditas iacens* oder dem Vermögen eines insolventen Schuldners die Rede ist [5]); endlich 4) wenn der Inhaber des Vermögens sich entfernt hat, ohne dafs man von seinem gegenwärtigen Aufenthalte Nachricht erhalten kann. (*cura absentis*) [6]). — Wir bleiben gegenwärtig bei der eigentlichen Curatel stehen.

§. 113.

I) *Constitutive Erfordernisse.*

Was zunächst die bei der Curatel vorkommenden Subjecte betrifft, so mufs 1) der Curandus ein freier sich selbst überlassener Mensch seyn, der entweder wegen seines unreifen minderjährigen [1]) Alters, oder wegen Krankheit der Seele oder des Körpers unfähig ist, selbst

3) Vgl Hofacker *principia* §. 585. u. 706.

4) *T. T. D.* XXXVII, 9. (*de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.*)

5) *T. T. D.* XLII, 7. (*de curatore bonis dando.*)

6) Ueber die dabei eintretenden Grundsätze s. Hofacker *princ.* §. 707 — 710.

1) So lange die Unmündigkeit dauert, kann nur von Tutel die Rede seyn: „*cessat cura, si tutelae aetas indigeat.*“ vgl. *Fr.* 3. *pr. D.* 26, 1. Bisweilen wird jedoch, um den Grundsatz nicht zu verletzen: *Tutorem habenti tutor non datur*, dem Tutor ein *curator* (der auch *actor* und bisweilen abusiv sogar Tutor genannt wird) beigegeben, vgl. *Fr.* 13. *D.* 26, 1. *Fr.* 24. *D.* 26, 7. Bei der Curatel kommt übrigens jener Grundsatz nicht zur Anwendung. *Fr.* 20. §. 1. *D.* 26, 5. „*Curatorem habenti quominus alius curator detur, regula iuris non est impedimento. Fr.* 20. §. 1. *D.* 26, 5. *T. T. C.* V, 36.

Digitized by Google

seinen Angelegenheiten vorstehen zu können [2]; 2) der Curator mufs dieselben Eigenschaften an sich tragen, die bei der Uebernahme der Tutel vorausgesetzt werden. — Die Delation der Curatel kann nicht, so dafs sie gleich Anfangs gültig wäre, durch ein Testament geschehen [3], und nach den zwölf Tafeln war nur die Curatel über Wahnsinnige und Verschwender gesetzlich bestimmt [4]; in der Regel fand aber auch bei ihnen blofs dative Curatel Statt [5]. — Die Annahme der gehörig deferirten Curatel, als eines *muneris publici*, mufs gleichfalls, wenn kein sonstiges Hinderniſs im Wege steht, nothwendig erfolgen. Nur das Besondere ist noch zu bemerken, dafs der gewesene Tutor wider Willen die Curatel nicht zu übernehmen braucht [6] und dafs der Mann seiner blödsinnigen Frau nicht zum Curator bestellt werden darf [7].

---

2) *Fr.* 12. *pr. D.* 26, 5. „*His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatores Proconsulem oportebit.*“ Auch die Verschwender werden als wahnsinnig betrachtet, denn „*quod ad bona attinet, furiosum faciunt exitum.*“ *Fr.* 12 *in f. D.* 26, 5. — Die Richtigkeit des Satzes: *inviti adolescentes, curatores non accipiunt*“ vgl. §. 2. *I.* 1, 23. u. *Fr.* 13. § 2. *D.* 26, 5. ist lediglich aus dem historischen Verhältnifs zu beurtheilen. s. mein Recht d. Forderungen S. 402.

3) §. 1. *I.* 1, 23. *Fr.* 2. §. 1. *Fr.* 6, *D.* 26, 3. *c.* 2. *C.* 5, 29. vgl. Struben rechtl. Bedenken IV, 142.

4) §. 3. *I.* 23. Ulpiani *Fragm.* XII, 2.

5) §. 3. *I. cit. Fr.* 1. *D.* 27, 4.

6) §. 18. *I.* 1, 25. *c.* 20. *C.* 5, 62.

7) *Fr.* 14. *D.* 27, 10. „*Virum uxori mente captae curatorem dari non oportet.*“ *c.* 2. *C.* 5, 34.

Digitized by Google

§. 114.

II) *Wirkungen und Aufhebung.*

Die Wirkungen der auf die gehörige Art constituirten Curatel beziehen sich wieder vorzüglich auf die aus der Verwaltung des Vermögens entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei der Tutel, und die Aufhebung ist im Ganzen auch dieselbe, nur dafs sie natürlich eintreten mufs, wenn der Curandus nicht mehr minderjährig oder sonst unfähig ist.

Vierter Hauptabschnitt.

Von der Sclaverei[1]).

Inst. I, 3. 8. *Dig.* I, 5. 6.
Donellus *libr.* II. *cap.* 8—18.

§. 115.

I) *Entstehung der Sclaverei.*

Die Sclaverei entsteht nach Grundsätzen des allgemeinen Rechts (*iuris gentium*), sowohl durch Gefangenschaft, als durch Geburt von einer Sclavin; nach den Grundsätzen des Civilrechts: 1) wenn Jemand, der älter ist als 20 Jahre, sich des Gewinnes wegen hat verkaufen lassen, vorausgesetzt, dafs der Käufer nicht gewufst hat, dafs es

1) Die nähere Ausführung und Erörterung dieser Lehre gehört in die Rechtsgeschichte und sie hat hier, des vollständigen Zusammenhangs wegen, nur kurz berührt werden können.

Digitized by Google

ein Freier sey, den er kaufe, und der, welcher sich verkaufen läfst, seinen freien Zustand gekannt und wirklich einen Theil des Pretiums erhalten habe [2]; 2) wenn der Libert sich undankbar gegen den Patron betragen hat [3].

§. 116.

II) *Wirkungen.*

Obgleich unter Justinian die alte Strenge gegen die Sclaven längst aufgehört hatte und gemildert war, so blieb doch die Persönlichkeit derselben so gut wie ganz vernichtet. Der Sclave als soloher stand in gar keiner Gemeinschaft des bürgerlichen Rechtes [1], und der Herr konnte über ihn, wie über jede andere Sache seines Eigenthumes, frei disponiren [2]. Alles, was der Sclave auf irgend eine Weise erwarb, gehörte seinem Herrn [3], und wenn er von diesem zum Erben eingesetzt war, so mufste er vermöge rechtlicher Nothwendigkeit schlechterdings Erbe werden.

§. 117.

III) *Aufhebung.*

Die Aufhebung der Sclaverei erfolgte im Allgemeinen durch den Tod des Sclaven, durch das Postliminium, und

---

2) §. 4. *I.* 1, 3. *Fr.* 7. §. 1. 2. *D.* 40, 12. *Fr.* 1. *D.* 40, 13.

3) *c.* 1—3. *C.* 6, 7. *Nov.* 78. *c.* 2.

1) *Fr.* 3. §. 1. *D.* 4, 5. *Fr.* 22. *pr. D.* 50, 17. Vgl. jedoch in Hinsicht auf das *ius naturale Fr.* 32. *D. cod. Fr.* 14. *D.* 44, 7. *Fr.* 14. §. 2. 3. *D.* 23, 2.

2) Vgl. *Fr.* 38. §. 1. 2. *D.* 21, 1.

3) *Fr.* 1. *D.* 1, 6. *Fr.* 10. §. 1. *D.* 41, 1. (Ueber die Verbindlichkeit des Herrn aus den Handlungen seines Sclaven gelten, unter den gehörigen Bestimmungen, dieselben Grundsätze, die oben bei der väterlichen Gewalt dargestellt sind.)

Digitized by Google

durch Befreiung, die sich entweder auf Manumission [1]), oder auf unmittelbar gesetzliche Vorschrift gründete [2]). Eine besondere Wirkung der Manumission machte das *jus patronatus* aus, welches theils ein Recht auf die Persönlichkeit des Liberten enthielt, theils ein Recht auf das Vermögen desselben, insonderheit ein ausserordentliches Successionsrecht.

---

1) *Inst.* I, 5. 6. 7. *Dig.* XL, 1. fg. *Cod.* VII, 1. fg.

2) *Dig.* XL, 8. fg. *Cod.* VII, 13. Ueber die Wirkungen der aufgehobenen Sclaverei vergl. *Inst.* I, 3. III, 7. 8. *Dig.* XXXVII, 14. 15. XXXVIII, 1. *Cod.* VI, 3—6. 13. fg.

Digitized by Google

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Erster Hauptabschnitt.

Von dem Rechte auf unsere eigene Sachen, oder vom Eigenthume.

Ernst Christ. Westphal System des röm. R. über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung Th. III. S. 261. fg. — F. C. Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifsw. 1817. 8.

§. 118.

Vorerinnerung.

Eigenthum ist das unbeschränkte Recht, jede mögliche Handlung mit einer Sache willkührlich vorzunehmen, ohne darin von irgend Jemanden gehindert zu werden [1]). Der

1) Wesentlich zum Begriffe des Eigenthums gehört nur allein die Proprietät. Das Recht die Sache zu besitzen (*ius possidendi*) und zu benutzen (*ius utendi fruendi*) ist zwar gewöhnlich, aber nicht immer mit dem Eigenthume verbunden und kann daher nicht als wesentliches Merkmal in den Begriff aufgenommen werden. Vgl. Konopak Institutionen §. 198. 199. Das Recht der Veräusserung aber ist eine blofse Folge des schon völlig erworbenen Eigenthums und findet sich auch bei andern Rechten, die offenbar nicht als Eigenthum angesehen werden können.

Digitized by Google

Begriff des Realrechts ist im Grunde betrachtet mit dem des Eigenthums identisch: unbeschränkte und ausschliessende Herrschaft über Sachen — und die gewöhnliche Ansicht, nach welcher man das Eigenthum als eine blofse *species iuris in re* betrachtet, beruhet auf einem Irrthume. Die unten darzustellenden Rechte auf fremde Sachen setzen nemlich stets Eigenthum voraus, welches durch sie rechtlich beschränkt werden soll, und können daher nur als dem Eigenthume untergeordnete Rechtsverhältnisse betrachtet, keineswegs aber mit dem Eigenthume unter einen höheren Begriff (den des Realrechts überhaupt) als Arten gebracht werden. Auch das Erbrecht läfst sich nicht als blosses Realrecht betrachten, da es sich auf Sachen sowohl als auf Forderungen, kurz auf das ganze Vermögen eines Verstorbenen, beziehet. — Die wichtigsten Eintheilungen des Eigenthums im Justinianeischen Rechte sind folgende: 1) in *dominium plenum* (*proprietas plena*) und *minus plenum* (*proprietas nuda*), je nachdem das Benutzungsrecht von der Proprietät getrennt ist oder nicht [2]); 2) in *dominium directum* und *utile*, eine Eintheilung, die erst die Glossatoren von der, bei einigen dem Eigenthume analogen Rechtsverhältnissen Statt findenden, *rei vindicatio utilis* entlehnt haben [3]); 3) in *dominium soli-*

---

2) Ist der Eigenthümer in der Ausübung der Proprietät auf irgend eine Weise beschränkt, so entsteht der Begriff von beschränktem Eigenthum (*dom. limitatum*). — (Die gewöhnliche Eintheilung in *domin. naturale s. dormiens* und *dom. civile*, welche man bei der *dos* anzubringen pflegt, ist ungegründet. Die Benennung *dominium civile* haben die neuern Rechtsgelehrten vielleicht daher genommen, weil die Gesetze [*c.* 30. *C.* 5, 12.] sagen, dafs die *dos naturaliter* im Eigenthume der Frau bleibe. Vgl. Konopak a. a. O. §. 204.)

3) Vgl. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts Bd. II. n. 13.

Digitized by Google

tarium (Alleineigenthum) und *condominium* (Miteigenthum); 4) in *domin. revocabile* und *irrevocabile*, wenn das Eigenthum aus einem entweder gleich Anfangs beim Erwerbe schon vorhandenen (*ex tunc*), oder aus einem nachher erst eingetretenen Grunde (*ex nunc*) widerrufen werden kann [4]).

Erstes Hauptstück.

Vom Erwerbe des Eigenthumes.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bedingungen des Erwerbes.

§. 119.

I) *Von dem das Eigenthum erwerbenden Subjecte.*

Donellus *Lib.* IX. *c.* 5—7.

Ein jeder physisch und rechtlich dazu Fähige kann das Eigenthum erwerben; auch eine juristische Person (s. §. 32.) kann Eigenthümerin seyn. Nicht alle erwerben sich aber selbst das Eigenthum, wiewohl diejenigen, welche es sich selbst nicht erwerben, bisweilen fähig sind, es einem Andern zu erwerben. — Der Grund, weshalb Jemand sich selbst das Eigenthum nicht erwirbt, kann (abgesehen von dem physischen Unvermögen der Kindheit,

4) Vgl. Mackeldey Lehrb. des heutigen röm. Rechts § 300. (Die bei diesen Eintheilungen vorkommenden Benennungen sind erst neuern Ursprunges und kommen nicht im römischen Rechte vor.)

Digitized by Google

heit, des Wahnsinnes u. s. w.) entweder in seinem freien Willen liegen, wenn er eine Sache gar nicht in der Absicht, Eigenthümer derselben werden zu wollen, annimmt [1]), oder in einem sonstigen besonderen Verhältnisse. Das Letztere ist der Fall überhaupt bei Allen, welchen das Commerz einer gewissen Sache untersagt worden ist [2]), und insonderheit bei den Sclaven, die als solche nichts Eigenes haben konnten, und bei Familiensöhnen, die häufig ihrem Vater erwerben mufsten (§. 94). — Die, welche sich selbst das Eigenthum nicht erwerben, erwerben dasselbe einem Andern, entweder wider ihren Willen, dahin die eben erwähnten Sclaven und Familiensöhne, oder durch ihren freien Willen. Es gilt nemlich der rechtliche Grundsatz: dafs auch eine nicht durch ein untergeordnetes Verhältnifs mit uns verbundene Person (*Procurator*) uns durch ihren freien Willen, unter den gehörigen Voraussetzungen [3]), unmittelbar das Eigenthum erwerben kann.

§. 120.

II) *Von dem zu erwerbenden Gegenstande.*

Donellus *lib.* IV. *c.* 6.

Der zu erwerbende Gegenstand mufs sowohl absolut als relativ des Eigenthumes fähig seyn. Absolut unfähig

1) *c.* 6. *in f. C.* 4, 50. *c.* 26. *C.* 5, 12. vgl. *Fr.* 55. *D.* 44, 7. „*In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium, nam — — — nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest.*“

2) Vgl. *T. T.* I. II, 8. (*Quibus alienare licet vel non.*) *T. T. C.* I, 10. (*Ne Christianum mancipium haereticus, vel Judaeus, vel paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat.*)

3) *Fr.* 20. §. 2 *D.* 41, 1. „*Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium: quia placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium.*“ Vgl. §. 5. *I.* 2, 9.

Digitized by Google

sind alle Sachen, welche dem menschlichen Verkehr, sey es von Natur oder durch die positive Bestimmung des Staates, entzogen sind. Freie Menschen gehören, schon als solche, nicht hierher, da der oben (§. 34.) angegebene Begriff von Sache nicht auf sie paſst, doch kommen im römischen Rechte einige Ausnahmen vor [1]). Bloſs relativ des Eigenthumes unfähig sind solche Sachen, welche sich zwar, ihrer sonstigen Beschaffenheit nach, im menschlichen Verkehr befinden, deren Veräusserung und Erwerb aber unter gewissen Umständen verboten ist. Ein solches Verbot kann nun entweder unmittelbar in einer gesetzlichen Vorschrift enthalten seyn, wie z. B. beim *fundus dotalis* und den ohne obrigkeitliches Decret nicht zu veräussernden Sachen der Minderjährigen [2]), oder mittelbar durch den entgegengesetzten Willen des bisherigen Eigenthümers herbeigeführt werden, namentlich wenn dieser die Alienation in seinem letzten Willen untersagt hat.

§. 121.

III) *Von der Art und Weise wie der Erwerb geschieht.*

Hugo civilist. Magaz. Bd. I. S. 228. fg. Bd. IV. S. 137. fg.

Gewöhnlich machte man sonst beim Erwerbe des Eigenthumes zwischen *titulus* und *modus adquirendi* einen Unterschied. In neuerer Zeit hat aber Herr GJR. Hugo evident bewiesen: daſs man nur vom Erwerbe des Eigenthumes an und für sich, von den eigentlichen Erwerbarten desselben, reden kann, daſs aber dasjenige, was man unter *titulus adquirendi*, als einen abgesonderten Bestandtheil des Erwerbes anzuführen pflegte, gänzlich zu verwerfen ist. Der vermeintliche *titulus*, worunter man die gesetzliche Bestätigung der Erwerbarten,

1) s. §. 4. *I.* 1, 3. *c.* 2. *C.* 4, 43.

2) Auch die *res ecclesiasticae* kann man hierher rechnen. s. §. 35. Note 1.

oder die Möglichkeit des Erwerbes, im Gegensatz zum wirklichen Erwerbe (*modus adquirendi*) verstehen wollte, beruht nemlich auf einer ungereimten Verwirrung der verschiedenartigsten Begriffe (der *iusta causa* bei der Tradition und des *iustus titulus* bei der Usucapion). — Die Erwerbarten des Eigenthumes selbst sollen den Inhalt des folgenden Abschnittes ausmachen; wir bleiben aber hier nur bei den Erwerbarten stehen, wodurch einzelne Sachen, als solche, erworben werden.

Zweiter Abschnitt.

Von den einzelnen Erwerbarten des Eigenthumes.

Inst. II, 1. *Dig.* XLI, 1.

Erstes Capitel.

Von der Occupation.

Donellus *libr.* IV. *c.* 7 — 14.

§. 122.

I) *Im Allgemeinen.*

Die Occupation herrenloser Sachen nimmt, als die einfachste und natürlichste Erwerbart des Eigenthumes, billig die erste Stelle ein. Bei Sachen, die Niemanden gehören (*Res nullius*), gilt der Grundsatz: „*Quod nullius est, id ratione naturali occupanti concedi*tur“ [1]). Occupation ist daher die Besitzergreifung herrn-

1) §. 12. *I.* 2, 1. *Fr.* 3. *pr. D.* 41, 3.

Digitized by Google

loser Sachen, oder solcher, die als herrnlos betrachtet werden, in der Absicht, sie zu erwerben. Die Erfordernisse ergeben sich leicht aus dem Begriffe; es gehört dazu 1) eine Sache, die in der That und durchaus herrnlos ist, weil es sich von selbst versteht, dafs Niemanden sein Eigenthum dadurch entzogen werden darf; 2) eine Handlung, wodurch man eine Sache sich zueignet, oder doch zu erkennen giebt, dafs man sie sich habe zueignen wollen; 3) die Absicht sich die Sache zuzueignen, welche aber, wenn die übrigen Erfordernisse vorhanden sind, natürlich vermuthet wird.

§. 123.

II) *Von den einzelnen Arten.*

A) Fischerei, Vögelfang, Jagd.

Eine vorzüglich wichtige Anwendung der Occupation zeigt sich bei wilden, die Gegenwart der Menschen fliehenden Thieren, mit einem Worte bei der Jagd im weitern Sinne, worunter man den Fisch- und Vögelfang (*piscatio, aucupium*) und die eigentliche Jagd (*venatio in sp.*) begreift. Ueberhaupt darf jedoch der Besitz und das Privateigenthum nicht dadurch gestört werden, daher man sich die in Fischbehältern eingeschlossenen Fische so wenig zueignen darf, als das enge eingeschlossene Wild [1]). Wer zahme und zahm gemachte, nicht wieder wild gewordene [2]), Thiere occupirt, begeht gera-

1) *Fr.* 3. §. 14. *D.* 40, 2. „*Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coniecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in sylvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri: quoniam relictae sint in libertate naturali; alioquin, si quis sylvam emerit, videri eum omnes feras possidere: quod falsum est.*“

2) *Fr.* 3. §. 2. *Fr.* 4. 5. *pr.* §. 5. *D.* 41, 1. §. 15. *I.* 2, 1.

Digitized by Google

dezu einen Diebstahl [3]). Die Jagd fand übrigens bei den Römern sogar auf fremdem Boden und in fremden Wäldern Statt, wiewohl der Eigenthümer des Bodens oder Waldes gegen den Occupanten eine Entschädigungs- und auch eine Injurienklage anstellen konnte, wenn er wider seinen Willen in das Grundstück eingedrungen war und sonst Schaden angerichtet hatte [4]). Noch ist zu bemerken, dafs das Eigenthum der wilden Thiere lediglich durch die Apprehension derselben erworben wird und dafs die blosse, selbst tödtliche, Verwundung nicht hinreichend ist, die Occupation zu vollenden [5]).

§. 124.

B) Von der Erbeutung (*Occupatio bellica*).

Dig. XLIX, 15. *Cod.* VIII, 51.

Auch die erbeuteten feindlichen Sachen (*res hostiles*) waren, nach der Ansicht der Römer, ein Gegenstand des Zueignungsrechts oder der Occupation [1]). Denn obgleich

---

3) *Fr.* 5. §. 2. 5. 6. *D.* 41, 1, §. 16, *I.* 12, 1. Vergl. besonders *Fr.* 44. *D. eod.*

4) *Fr.* 3. §. 1. *D.* 41, 1. „*Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is praeviderit, iure prohiberi ne ingrederetur.*“ *Fr.* 23. §. 7. *D.* 47, 10.

5) *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 55. *D.* 41, 1. §. 13. I. 2, 1. Der Grund ist: „*quod multa accidere soleant, ut bestiam vulneratam non capias.*“

1) *Fr.* 5. §. 7. *D.* 41, 1. §. 17. *I.* 2, 1. Ueber die nicht hierher gehörenden Gründe, aus welchen neuere Rechtsgelehrte die Erbeutung im Kriege als Erwerbart rechtfertigen, s. Egger's natürl. öffentl. R. Bd. II. §. 755. 756. Vgl. überhaupt Kaufmann's Anfangsgr. des röm. Privatr. zweite Abth. S. 42.)

Digitized by Google

diese Sachen nicht als eigentlich herrnlos betrachtet werden konnten, so wurde doch weder die Persönlichkeit der Feinde, noch deren Eigenthum rechtlich anerkannt. Der vom Feinde eroberte Grund und Boden sollte daher dem römischen Volke [2]), und die erbeuteten beweglichen Sachen gewöhnlich denen erworben werden, die sich ihrer bemächtigt hatten [3]). — Umgekehrt waren auch die Sachen der römischen Bürger und diese selbst ein Gegenstand der Occupation, wiewohl bei diesen, sowohl im Kriege als im Frieden, das *ius postliminii* Statt fand [4]); vorausgesetzt dafs die Rückkehr eines Kriegsgefangenen keine unrechtmäfsige war, und die wiedererlangten beweglichen Sachen nicht durch Schuld und Schande verloren waren [5]).

§. 125.

C) Von dem Finden (*Inventio*).

1) Ueberhaupt.

Wenn bei leblosen Sachen zu dem Begriff der Occupation noch der des Zufälligen tritt, so ist das Finden (*Inventio* im weitern Sinne) vorhanden. Man kann auf diese Weise sowohl eigentlich herrnlose Sachen, d. h. solche, die zuvor noch nie im Eigenthume waren, erwerben, als solche, die zwar vorher im Eigenthume waren, aber gegenwärtig aufgehört haben darin zu seyn, folglich herrnlos geworden sind. (*Res derelictae* im Gegensatz von *res nullius* in engerer Bedeutung.) Das Finden

---

2) *Fr.* 20. §. 1. *D.* 49, 15.

3) *Fr.* 51. §. 1. *D.* 41, 1. §. 17. *I.* 2, 1,

4) *Fr.* 5. *pr.* §. 2. *D.* 49, 15.

5) *Fr.* 4. 17. 19. *pr.* §. 4. *Fr.* 20. *pr. D.* 49, 15. *Fr.* 17. *D.* 50, 7. Aus diesem Grunde konnte man namentlich Waffen und Kleider nicht wieder erlangen, wohl aber Pferde u. s. w. *Fr.* 2. 3. *D.* 49, 15. Cicero *in Topica c.* 9.

Digitized by Google

herrnlos gewordener Sachen (*Inventio* im engern Sinne) beruht demnach auf Derelict ion; hierunter ist aber die Handlung zu verstehen, wodurch der bisherige Eigenthümer eine Sache, in der ihm rechtlich möglichen Absicht sie nicht mehr haben zu wollen, aufgiebt und verläfst [1]). Durch diese Absicht geht das Eigenthum augenblicklich verloren; sie kann aber nicht angenommen werden bei zufällig verlornen oder im Sturme zur Erleichterung des Schiffes ausgeworfenen Sachen [2]).

§. 126.

2) Insbesondere von der *Inventio thesauri.*

Cod. X, 15.

Fridericus Ortloff *Commentatio iuris Romani de thesauris. Erlangae* 1818.

Zu den Sachen, welche aufgehört haben im Eigenthume zu seyn und zufällig gefunden werden, sind insonderheit auch die Schätze zu rechnen. Schatz ist nemlich

---

1) §. 47. *I.* 2, 1. „*Pro derelicto habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus eius esse desinit.*“ *Fr.* 1. 2. §. 1. *D.* 41, 7.

2) §. 48. *I.* 2, 1. „*Alia sane causa est earum rerum, quae in tempestate levandae navis causa ejiciuntur: hae enim dominorum permanent; quia palam est eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*“ *Fr.* 9. §. 8. *D.* 41, 1. Von einem s. g. Strandrecht ist in dem römischen Rechte keine Rede, vgl. *Fr.* 1. *pr.* §. 5. *Fr.* 2. 3. *D.* 47, 9 *c* 18. *C.* 6, 2. nicht einmal einen s. g Fundlohn (*inventionis praemium*) — „*probe petat aliquis.*“ *Fr.* 43. §. 9. *D.* 47, 2.

Digitized by Google

eine Sache von Werth, die an einen verborgenen Orte in Verwahrung gebracht worden ist, deren Eigenthümer aber nicht mehr ausgemittelt werden kann, die folglich als eine herrnlose derelinquirte Sache betrachtet werden mufs und occupirt werden kann [1]). Das Resultat der oft veränderten [2]) gesetzlichen Bestimmungen in dieser Lehre ist folgendes: 1) findet Jemand einen Schatz auf seinem Eigenthume, ohne sich magischer Künste dabei bedient zu haben, so gehört derselbe allein dem Finder; hat er sich aber magischer Künste bedient, so nimmt ihn der Fiscus; 2) sucht Jemand wider Wissen und Willen des Eigenthümers auf fremdem Boden, mit oder ohne magische Künste, einen Schatz, so gehört der Schatz immer dem Eigenthümer, und wenn der fremde Boden ein *locus publicus*, *fiscalis*, *sacer*, *religiosus* oder *monumentum* war, dem Fiscus [3]); 3) fand er den Schatz zufällig auf fremdem Boden ohne magische Künste, so gehört er halb dem Eigenthümer, halb dem Finder [4]); 4) suchte er ihn mit

---

1) *Fr.* 31. §. 1. *D.* 41, 1. „*Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat.*“ In der *c. un. C.* 10, 15. wird *Thesaurus* durch „*condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*“ erklärt.

2) Ueber das Geschichtliche vgl. Beck *Pr. de hist. et fatis doctrinae de thesauris. Jen.* 1729. Seidensticker *Comm. de fundamentis iuris supremae potest. circa Adespota.* Gött. 1789. §. 39. Günther *principia* §. 573.

3) Der angeführte gesetzliche Grund ist: „*Ut unusquisque suis fruatur et non inhiet alienis.*“

4) Nach der im §. 39. *I.* 2, 1. enthaltenen Bestimmung Hadrian's soll zwar der Finder den *in sacro aut religioso loco* zufällig gefundenen Schatz ganz erwerben; dagegen aber heifst es im *Fr.* 3. §. 10. *D.* 49, 14. „*Si in locis fiscalibus, vel publicis religiosisve, aut in monumentis thesauri reperti fuerint: Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur; item si in Caesaris possessione repertus fue-*

Digitized by Google

Genehmigung des Eigenthümers auf und zwar ohne magische Künste, so gehört der gefundene Schatz, in Ermangelung einer besondern Uebereinkunft, dem Eigenthümer allein, bediente er sich magischer Künste, so fällt der Schatz an den Fiscus. — Hat der Finder *artes magicae* gebraucht, so soll er noch besonders defshalb bestraft werden, und wenn derselbe den Fund dem Eigenthümer verschwiegen hat, so begeht er einen Diebstahl in Ansehung der einen Hälfte; er mufs daher nicht nur die Hälfte herausgeben, sondern auch das *alterum tantum* ersetzen [5]).

Zweites Capitel.

Von der Accession.

Donellus *Libr.* IV. *c* 12. 23. 27—37.

§. 127.

I) *Im Allgemeinen.*

Durch die Accession wird eine Sache in Beziehung auf eine andere uns schon gehörige Sache erworben und der Grund dieses Erwerbes liegt immer in einer gewissen

rit, dimidiam aeque partem fisco vindicari." Herr Hofr. Ortloff, dessen Grundsätze ich in dieser Lehre überhaupt für die richtigen halte, giebt der Pandektenstelle aus historischen Gründen den Vorzug.

5) *Fr.* 3. §. 11. *D.* 49, 14. „*Qui autem cum in loco fisci thesaurum invenerit, et partem ad fiscum pertinentem suppresserit, totam cum altero tanto cogitur solvere.*" Das Gesetz redet zwar eigentlich nur vom Fiscus, man hat es aber allgemein angewendet.

Digitized by Google

Verbindung, woraus der gesetzlichen Vorschrift gemäfs Eigenthum entstehen soll. Es gilt der Grundsatz: *Accessorium sequitur ius et conditionem rei principalis* [1]). — Gewöhnlich wird die Accession eingetheilt in natürliche und künstliche [2]). Obgleich diese Eintheilung nicht im römischen Rechte vorkommt und auch nicht geläugnet werden kann, dafs sie, genau betrachtet, nicht ganz passend ist, da wenn z. B. der ausgepreſste Traubensaft zur Natur des Weins übergeht u. s. w., dabei gleichfalls Naturkräfte wirken müssen und man nicht sagen kann, es sey die so bewirkte Specification eine blosse *accessio industrialis* [3]): so haben wir doch, der einfacheren Uebersicht wegen, die gewöhnliche Eintheilung beibehalten zu müssen geglaubt [4]).

---

1) *Fr.* 23. §. 4. 5. *D.* 6, 1.

2) *Accessio naturalis est quae sola operante natura; industrialis, quae accedente hominum industria peragitur.*

3) Vgl. Konopak Institutionen § 219. Note *b.*

4) Die Theorie, welche Hr. Q. A. R. Konopak mit gewohntem Scharfsinne aufgestellt hat, dürfte doch wohl etwas zu gekünstelt seyn. Sie ist folgende: der Accession liegt I) entweder die Verbindung einer Materie mit einer Form zum Grunde, dahin die Specification: II) oder die Verbindung einer Materie mit einer Materie (eines Körpers mit einem Körper); in diesem Falle hat A) die accessorische Sache entweder Leben in der Verbindung mit der Hauptsache und zwar 1) entweder vegetabilisches Leben; dahin der Fruchterwerb des Eigenthümers und die *satio* und *plantatio;* 2) oder animalisches Leben, dahin *foetura animalium* und *partus ancillae;* B) oder die accessorische Sache lebt nicht durch die Hauptsache, alsdann können 1) die verbundenen Materien feste Körper seyn, und zwar *a*) entweder beide Grund und Boden, dahin der Erwerb durch Flüsse; b) oder nicht; alsdann kommen die Körper *α*) entweder nur in einen gemischten und in keinen festen Zusammenhang untereinander: *com-*

§. 128.

II) Von den einzelnen Arten.

A) Von der blofs natürlichen Accession.

1) Durch Erzeugung.

Da jede Sache, die aus der unsrigen entsteht, gleichfalls in unser Eigenthum kommt, so folgt: *a*) dafs der Eigenthümer die Früchte seiner Sache, so bald sie entstehen [1]), erwirbt, eben so *b*) auch die jungen Thiere (*foetura animalium*), da auch sie als Früchte zu betrachten sind, in so fern man darunter Alles versteht, was sein Daseyn aus einer andern Sache ableitet (*Partus sequitur ventrem* [2]).

§. 129.

2) Durch Flüsse.

Zachariä über die durch Ueberschwemmung ab- und fortgerissenen Sachen. Wittemb. 1799.

Hierher gehört *a*) die Alluvion oder das allmählige Anspülen kleiner von einem andern Grundstücke abgespülter Erdtheile [1]); *b*) die Gewalt des Flusses (*vis fluminis*), wodurch eine ganze Erdscholle auf einmal un-

---

mixtio; β) oder sie kommen in einen festen Zusammenhang: *inaedificatio*, *scriptura*, *pictura* und *adiunctio*; 2) oder flüssige Körper: *confusio*.

1) *Separatio fructuum* ist beim Eigenthümer nicht nöthig: *Fructus enim iure accessionis ad dominum pertinent.*

2) §. 19. 37. *I.* 2, 1. *Fr.* 28. *D.* 22, 1. *Fr.* 6. *D.* 41, 1.

1) §. 20. *I.* 1, 1. „*Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adiici, quod ita paullatim adiicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adiiciatur.*“ *Fr.* 7. §. 1. *D.* 41, 1. — Diese Art des Erwerbes fand jedoch nur bei s. g. *agris arcifiniis*, nicht *limitatis* oder *assignatis* Statt. *Fr.* 16. *D.* 41, 1.

Digitized by Google

serm Grundstücke zugeführt wird und durch die Länge der Zeit damit verwächst [2]); c) das verlassene Flufsbette (*alveus a flumine derelictus*), welches, so wie die im Flufse entstandene Insel (*insula in flumine nata*) den benachbarten Eigenthümern nach Verhältnifs der Uferbreite ihrer Grundstücke erworben wird [3]). Das durch einen neuen Arm des Flusses zu einer Insel gemachte Grundstück bleibt natürlich dem vorigen Eigenthümer [4]).

§. 130.

B) Von der künstlichen Accession.

1) Allgemeine Grundsätze.

J. Voetius *de iure accessionis. L. B.* 1709. Vorzüglich Thibaut §. 595.

Künstliche Accession ist vorhanden, so oft eine fremde Sache entweder durch menschliche Handlung allein, oder doch wenigstens nicht durch die Natur allein mit der unsrigen verbunden wird. Man mufs hierbei vor allen Dingen darauf sehen, ob die mit der unsrigen vereinigte fremde Sache ohne Beschädigung wieder davon getrennt werden kann, oder nicht. In jenem Falle findet in der Regel [1]) Klage auf Trennung (*actio ad exhibendam*)

2) §. 21 *I.* 2, 1. Gewöhnlich mufs jedoch der Erwerber den Werth des zugeführten Erdstückes erstatten. vgl. Vinnius *ad* §. 21. *cit.*

3) §. 22—24. *I. eod.* Jo. Rud. Engau *D. Cuinam insularum in fluminibus publicis natarum competat dominium? Jen.* 1731. Ueber schwimmende Inseln s. *Fr.* 65. §. 2. *D.* 41, 1. Die im Meere entstandenen Inseln sind, als *res nullius*, ein Gegenstand der Occupation. §. 22. *I.* 2, 1.

4) §. 21. *in f. I.* 2, 1. „*Quod si aliqua parte divisum sit flumen deinde infra unitum, agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.*“

1) Eine gesetzliche Ausnahme enthält *T. T. Dig.* XLVII, 3. (*de tigno iuncto.*)

Digitized by Google

Statt [2]); in diesem Falle hingegen erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache gewöhnlich die hinzutretende Nebensache [3]). Wenn sich aber nicht bestimmen läfst, welches die Haupt- oder Nebensache sey, so bleibt entweder Jedem das für sich Bestehende, oder das Ganze wird gemeinschaftlich [4]). Was die Entschädigung dessen betrifft, der auf diese Art das Eigenthum seiner Nebensache verloren hat: so kommt es darauf an, ob entweder der Eigenthümer der Haupt- oder der Nebensache die Verbindung vorgenommen hat [5]). Von dem Eigenthümer der Hauptsache kann, wenn er in bösem Glauben sich befand, der volle Werth, sonst aber so viel, als er durch die erworbene Nebensache bereichert worden ist, verlangt werden. Der Eigenthümer der Nebensache aber kann, wenn er in bösem Glauben war und die der fremden Hauptsache hinzugefügte Nebensache nicht als nothwendiger Aufwand erscheinet, keine Entschädigung verlangen; im Fall des guten Glaubens wird ihm jedoch ein Zurückbehaltungsrecht bis zu erfolgter Schadloshaltung und auch, nach der Praxis, eine *a. negotior. gestorum utilis* gestattet.

---

2) *Fr.* 23. §. 5. *D.* 6, 1. „*Item quaecunque aliis iuncta, sive adiecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur.*“ etc. *Fr.* 6. 7. §. 1. 2. *D.* 10, 4.

3) Einerlei der Eigenthümer der Haupt- oder der der Nebensache mag die Verbindung vorgenommen haben. §. 26. 29. 30. 31. *I.* 2, 1.

4) *Fr.* 27. §. 2. D. 41, 1. „*Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant: Cassius ait, proportione rei aestimandum, vel pro pretio cuiusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus; ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est? Sed Proculus et Pegasus existimant, suam cuiusque remanere.*“ *Fr.* 3. §. 2. *D.* 6, 2.

5) Vgl. §. 26. 30. 32. *I.* 2, 1. *Fr.* 23. §. 4. 5. *D.* 6, 1.

Digitized by Google

§. 131.

2) Einzelne Arten.

a) Von der Adjunction.

α) Vom Bauen (*inaedificatio*).

Adjunction ist vorhanden, wenn eine accessorische Sache mit einer Hauptsache so verbunden wird, dafs ihre Substanz unverändert bleibt, d. h. wenn sie zwar fest mit derselben zusammenhängt, aber immer noch davon unterschieden werden kann, weil keine innere Umgestaltung derselben vorgeht. Es gehört dahin zunächst das Bauen (*inaedificatio*). Die rechtlichen Grundsätze darüber richten sich nach dem Hauptunterschiede, ob entweder Jemand auf eigenem Grund und Boden mit fremden Materialien, oder umgekehrt auf fremdem Boden mit seinen eigenen Materialien gebaut hat. In dem ersten Falle soll zwar der Bauende, als Eigenthümer des Bodens, das Gebäude erwerben, aber dennoch der um den Bau nicht wissende Eigenthümer der Materialien, dieselben, sofern sie als einzelne Sachen betrachtet werden können [1]), behalten. Da es ihm inzwischen, so lange das Gebäude steht, nicht erlaubt ist, die Materialien zurückzufordern [2]), so soll er erst, wenn das Gebäude wieder zerstöhrt ist, das Recht haben, die Auslieferung seiner Materialien zu verlangen [3]) und, so lange das Gebäude steht, zur For-

1) *Fr.* 7. §. 2. *D.* 44, 2. „*Sed in cementis et tignis diversum est; nam is, qui insulam petit, si cementa, vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest.*“

2) §. 29. *I.* 2, 1. *c.* 2. *C.* 8, 10.

3) *Fr.* 23. §. 7. *D.* 6, 1. „*Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit; etiamsi post tempus*

Digitized by Google

derung des doppelten Werthes seiner Baumaterialien berechtigt seyn [4]). Im andern Falle hingegen erwirbt zwar der Eigenthümer des Grundes und Bodens das Eigenthum der Materialien, es kommt aber hinsichtlich des Eigenthümers der letzteren Alles darauf an, ob er wissentlich auf fremdem Boden gebauet hat, oder nicht. Dort verliert er das Eigenthum und allen Anspruch auf Entschädigung, und kann auch *diruto aedificio* die Materialien nicht wieder verlangen; hier aber kann er nach erfolgter Zerstörung des Gebäudes nicht nur die Materialien selbst, sondern auch früher schon die Erstattung des Werthes fordern [5]).

§. 132.

β) Sonstige Fälle.

Ausser dem Bauen kommen noch folgende Fälle der Adjunction in den Gesetzen vor: 1) das Säen und Pflanzen (*satio*, *plantatio*); was auf fremden Grund und Boden gesäet wird, geht gewöhnlich sogleich in das Eigenthum dessen über, dem der Grund und Boden gehört [1]), während bei fremden Pflanzen das vorige Eigenthum erst zu der Zeit, wo sie Wurzeln getrieben haben, verändert

---

usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a b. f. possessore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat."

4) §. 29. *I. cit. Fr.* 23. §. 6. *D.* 6, 1. *Fr.* 7. §. 10. *D.* 41, 1. Bei dem *b. f. aedificans* enthält diese Leistung des doppelten Werthes zugleich auch den Ersatz für die Materialien selbst, bei dem *m. f. aedificans* aber eine blosse Privatstrafe.

5) §. 30. *I.* 2, 1. *Fr.* 7. §. 12. *D.* 41, 1.

1) §. 32. *I.* 2, 1. *Fr.* 9. *pr. D.* 41, 1. Gewöhnlich wird es hier auf das Keimen des Saamens nicht ankommen, da derselbe ohnehin aus der Erde nicht wieder hervorgesucht werden kann.

Digitized by Google

wird [2]). Auch hier kommt es indessen zu einer Entschädigung des vorigen Eigenthümers nach den §. 129. dargestellten Grundsätzen [3]). — Gewöhnlich wird zwar behauptet, dafs das Eigenthum eines auf der Grenze stehenden Baumes (*arbor in confinio posita*) nach den Wurzeln beurtheilt werde, richtiger aber ist es, dafs auch nach römischem Rechte der aus dem Grunde hervorgewachsene Stamm das Eigenthum des Baumes bestimmt [4]). — 2) Das Schreiben (*scriptura*) und das Mahlen (*pictura*); bei

---

2) *Fr.* 7. *in f. D.* 41, 1. §. 31. *I.* 2, 7.

3) §. 32. *I. cit.* „*Caeterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quae diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa (bona fide) consevit.*“

4) *Fr.* 6. §. 2. *D.* 47, 7. „— — *Si radicibus vicini arbor alatur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.*“ — In dem §. 31. *I.* 2, 1. heifst es zwar: „*Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius commutatur: ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*“ Dagegen vergleiche aber *Fr.* 7. §. 13. und *Fr.* 8. *D.* 41, 1. „*Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. His conveniens est: quod si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem; rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cuius fundo radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis est, pro regione cuiusque praedii.*“

Digitized by Google

bei jenem soll der Eigenthümer der Tafel oder des Papiers der Erwerber des Geschriebenen seyn, während bei diesem, wenn von einem eigentlichen Kunstwerke die Rede ist [5]), der Mahler den Stoff, worauf gemahlt ist, gegen Entschädigung erwerben soll [7]). — 5) Das Anschmieden oder Anschweifsen (*adferruminatio*) und das nicht trennbare Ein- und Aufweben (*intextura*) gehört gleichfalls hierher, nicht aber das blofse Einfassen in Metall (*inclusio*) und das Anlöthen (*adplumbatio*) [7]).

§. 133.

b) Von der Specification.

Specification ist die Handlung, wodurch Jemand aus gleich- oder verschiedenartigen zum Theil oder ganz

---

5) Unter dieser Voraussetzung lassen sich §. 34. *I.* 2, 1. und *Fr.* 23. §. 3. *D.* 6, 1. vereinigen.

6) Der Grund dieser verschiedenen Bestimmung ist ohne Zweifel der, weil die Schrift durch gemeinen Fleifs vervielfältigt werden kann, das Gemählde als Kunstwerk nicht. Konopak Institut. §. 228. Note *r.* Vgl. dagegen die sonderbare Erklärung von Lauterbach im *Colleg. theoretico-pract.* XLI, 1. §. 106.

7) §. 26. *I.* 2, 1. *Fr.* 23. §. 5. *D.* 6, 1. *Fr.* 6. 7. §. 2. *D.* 10, 4. In dem *Fr.* 27. *pr. D.* 41, 1. wird zwar gesagt: „*si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferruminaveris: non dubitatur, scyphum tuum esse et a te recte vindicari*"; allein darin ist offenbar kein Widerspruch enthalten. Es ist nemlich hier gar nicht von einem angelötheten Metallstück die Rede, sondern blofs von dem fremden Metall, welches zur Anlöthung benutzt wird, und dieses ist, wie von selbst einleuchtet, gewöhnlich so unbedeutend, dafs es nicht berücksichtigt, auch nicht wohl wieder getrennt werden kann. Andere Erklärungen s. bei Schöman im Handb. des Civilrechts I, 1. u. Kaufmann in den Anfangsgr. zweite Abth. S. 53.

Digitized by Google

fremden Bestandtheilen eine neue mit einem andern Namen belegte Sache hervorbringt [1]). Es gelten darüber folgende Grundsätze: 1) wenn der Specificant die neue Species theils aus seinem eigenen, theils aber aus fremdem Stoffe gemacht hat, so erwirbt er das Eigenthum derselben [2]), der Eigenthümer des fremden Stoffes müfste denn eingewilligt haben, in welchem Falle die Masse gemeinschaftschaftlich wird [3]); 2) wenn hingegen der verarbeitete Stoff ganz einem Andern gehörte, so soll der Specificant nur alsdann das Eigenthum des verarbeiteten Stoffes erwerben, wenn derselbe seine vorige Gestalt nicht wieder annehmen kann [4]); doch wird hierbei wesentlich vorausgesetzt, daf- der Specificant in gutem Glauben die verarbeitete Sache für seine eigene gehalten habe, denn sonst wird umgekehrt der Eigenthümer des Stoffes auch Eigenthümer

---

1) In den Gesetzen wird bei der Specification gewöhnlich nur die Verarbeitung eines rohen Stoffes zu einer neuen Species berücksichtigt; der Fall hingegen, wo ein gebildeter Körper in einen neuen verwandelt wird, nicht gehörig entschieden. s. Thibaut §. 597. — Aus dem Begriffe der Specification läfst sich übrigens schon die bekannte Streitfrage entscheiden: ob das Ausdreschen des Getreides als eine Specification betrachtet werden könne? §. 25. *I.* 2, 1. *Fr.* 7. §. 7. *D.* 41, 1. Vgl. §. 12. Note 6.

2) §. 25. *I.* 2, 1. *Verbis:* „*Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis*“ etc.

3) *Fr.* 7. §. 8. *D.* 41, 1. „*Voluntas duorum dominorum miscentium materias, commune totum corpus efficit: sive eiusdem generis sint materiae — — sive diversae.*“

4) §. 25. *I.* 2, 1. (im Anfange bis zu den Worten: „*et ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest.*“ *Fr.* 7. §. 7. *D.* 41, 1. *Fr.* 61, *D.* 6, 1.

Digitized by Google

der neuen Species [5]) und der Specificant kann noch überdiefs als ein Dieb bestraft werden [6]).

§. 134.

c) Von dem Zusammengiefsen und Vermischen.

Das Zusammengiefsen und Vermischen (*confusio*, *commixtio*), welches man gewöhnlich noch zu den einzelnen Arten der künstlichen Accession zu rechnen pflegt, macht im Grunde betrachtet keine besondere Erwerbart des Eigenthumes aus [1]). Man unterscheide: 1) geschah das Zusammengiefsen oder Vermischen mit Einwilligung beider Eigenthümer, so entsteht Gemeinschaft [2]); — geschah es zufällig, so bleibt *a*) bei dem Vermischen jedem sein Eigenthum, so fern Absonderung möglich ist, sonst aber mufs verhältnifsmäfsige Entschädigung von Seiten dessen, der das Ganze behält, geleistet werden [3]), *b*) bei dem Zusammengiefsen tritt aber wieder Gemeinschaft ein [4]); — geschah es endlich von

5) *Fr.* 12. §. 3. *D.* 10, 4. „*Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.*“

6) *Fr.* 52. §. 14 *D.* 47, 2.

1) Nur in einem einzigen Falle läfst sich die *commixtio* als ein eigenthümlicher Erwerb des Eigenthumes betrachten, wenn mich nämlich Jemand mit fremden Geldstücken, ohne Willen ihres Eigenthümers bezahlt hat, und sie schon mit den meinigen so vermengt sind, dafs sie sich nicht davon unterscheiden lassen, so soll ich Ausnahmsweise das Eigenthum derselben erwerben. Vgl. *Fr.* 78. *D.* 46, 3.

2) §. 28. *I.* 2, 1.

3) §. 28. *cit. Verbis*: „*Quod si casu id mistum fuerit*“ etc.

4) §. 27. *I.* 2, 1. „*Quod si fortuito et non voluntate dominorum, confusae fuerint, vel ejusdem generis materiae, vel diversae: idem iuris est h. e, totum id corpus commune fit.*“

Digitized by Google

einem Theile allein, ohne Einwilligung des Andern, so wird *a*) das Vermischen eben so beurtheilt, als wenn es zufällig geschehen wäre [5]); *b*) beim Zusammengiefsen aber tritt bei Sachen von derselben Art wieder Gemeinschaft ein [6]), bei Sachen verschiedener Art hingegen kommen die Grundsätze von der Specification zur Anwendung [7]).

Drittes Capitel.

Von der Tradition.

Donellus *lib.* IV. *c.* 15—19. — Dav. le Leu de Wilhem *D. de traditione. L. B.* 1710. — Chr. Frid. Christ. Wenck *D. de traditione inter possessionis et proprietatis modo fluctuante. Lps.* 1809.

§. 135.

Vorerinnerung.

Tradition ist vorhanden, wenn der Eigenthümer, oder ein sonst dazu Berechtigter [1]), den Besitz einer Sache aus einem gerechten, das Eigenthum übertragenden Grunde freiwillig Jemanden einräumt [2]). — Wir müssen

---

5) §. 28. *I. eit.* „*Quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate*“ etc.

6) *Fr.* 3. §. 2. *D.* 6, 1.

7) *Fr.* 5. §. 1. *D.* 6, 1. §. 12. §. 1. *D.* 41, 1.

1) §. 42. *I.* 2, 1. „*Nihil — interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate eius alius.*“

2) §. 40. *I. eod.* „*Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiritur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis, rem suam in aliam transferre, ratam haberi.*“

Digitized by Google

zunächst die bei der Tradition überhaupt eintretenden Grundsätze darstellen und sodann von der Schenkung als einer vorzüglich wichtigen Art derselben handeln.

§. 136.

I) *Von der Tradition überhaupt.*

A) Von den dabei vorkommenden Subjecten.

1) Von der Person des Tradenten.

Derjenige, welcher die Sache überträgt (*tradens*), mufs nicht nur rechtlich veräussern können und wollen, sondern auch seine rechtlich erlaubte Absicht in der That ausüben und durch Tradition wirklich das Eigenthum übertragen. 1) Der Tradent mufs veräussern können; zur rechtlichen Veräusserung ist aber nur befugt: *a*) der Eigenthümer, so fern ihm kein aus einem subjectiven oder objectiven Grunde entspringendes Hindernifs [1]) im Wege steht; *b*) diejenigen, welche juristisch als Eigenthümer betrachtet werden, namentlich die Procuratoren [2]), Pfandgläubiger, Tutoren und Curatoren [3]). — 2) Der Tradent mufs veräussern wollen; hierzu gehören aber drei besondere Erfordernisse: *a*) der Tradent mufs bestimmt wissen, die

---

1) Ein subjectives Hindernifs tritt namentlich ein bei Sachen der Minderjährigen, ein objectives beim *fundus dotalis*. s. §. 120.

2) Ohne Zweifel, wenn ihnen ein *mandatum speciale* ertheilt und dieses nicht wieder zurückgenommen ist; *Fr.* 11. §. 7. *D.* 13, 7. *Fr.* 37. *D.* 36, 1.; aber in gewissen Fällen auch selbst beim *mandatum generale*. *Fr.* 63. *D.* 3, 3. „*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest: nisi fructus, aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*“

3) §. 1. *J.* 2, 8. *Fr.* 27. *D.* 26, 7. *Fr.* 8. *pr.* §. 1. *D.* 27, 9. *c.* 16. *C.* 5, 37.

Digitized by Google

Sache gehöre ihm, oder er habe wenigstens ein Recht dazu, sie zu übertragen [4]; *b*) es mufs eine gesetzlich anerkannte, das Eigenthum übertragende Ursache (*iusta causa*) vorhanden [5] und der erfolgten Uebergabe entweder wirklich, oder der Ueberzeugung des Tradenten nach, vorausgegangen seyn [6], und *c*) bei dem Kaufe insonderheit mufs der Käufer in der Regel den verabredeten Kaufpreis bezahlt haben [7]. — 3) Der Tradent mufs durch Tradition wirklich das Eigenthum übertragen, denn der blofse Vertrag ist gewöhnlich zur Uebertragung des Eigenthumes nicht hinreichend, sondern erst die geschehene Uebergabe vollendet den Erwerb [8].

---

4) *Fr.* 35. *D.* 41, 1. „*Nemo errans in re sua dominium eius transfert.* — Es gilt überhaupt die bekannte Rechtsregel: *Nemo plus iuris in alterum transfert, quam ipse habet*, daher die von einem Nichteigenthümer geschehene Uebergabe höchstens nur Usucapion bewirken kann.

5) Ohne dafs ein das Eigenthum seiner Natur nach schon übertragendes obligatorisches Geschäft vorausgesetzt wird, läfst sich gar nicht behaupten, dafs Jemand die Absicht habe, Eigenthum übertragen zu wollen.

6) *Fr.* 36. *D.* 41, 1. „*Sive causa vera est, sive putativa, nihil interest.*“ Der sicherste Beweis, dafs der Irrthum in der *iusta causa* die Veräusserung keineswegs hindert, besteht darin, dafs sonst bei einer bezahlten Nichtschuld, dem Bezahlthabenden nach wie vor die Eigenthumsklage und nicht blofs die *condictio indebiti* gestattet seyn würde. Vgl. *Fr.* 53. *D.* 12, 6.

7) Vgl. §. 41. *I.* 2, 1. *c.* 15. *C.* 3, 32.

8) *c.* 20. *C.* 2, 3. „*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.*“ — Henr. Grim *D. ad L.* 20. *C. de pactis. Tr. ad Rh.* 1706.

Digitized by Google

§. 137.

2) Von der Person des Erwerbers.

Der Erwerber muſs natürlich in den Erwerb einwilligen und die Sache, welche ihm übergeben wird, annehmen. Uebergabe und Annahme müssen stets nothwendig mit einander verbunden seyn, wenn die Tradition als vollendet betrachtet werden soll. Was aber insonderheit die Einwilligung in den Erwerb betrifft, so darf weder ein Irrthum in der Sache selbst vorgefallen seyn, noch in dem Zwecke Eigenthum an der tradirten Sache zu erwerben [1]). Sollte jedoch von beiden Seiten zwar die Absicht vorhanden gewesen seyn, Eigenthum zu übertragen, aber aus einem ganz verschiedenen Grunde, z. B. der Eine will das Geld schenken, der Andere es als ein Darlehn annehmen, so wird dennoch das Eigenthum, der Verschiedenheit des Erwerbgrundes ungeachtet, ohne Zweifel erworben [2]).

§. 138.

B) Von der Art und Weise, wie die Tradition geschieht.

Die Tradition erfolgt überhaupt, so oft die Möglichkeit nach Willkühr auf die Sache einzuwirken, auf den Andern übergeht. Dieses kann nun aber geschehen; 1) durch wirkliche Uebergabe, namentlich durch *tradi-*

---

1) Dieser Zweck wird immer aus der vorhergegangenen *iusta causa* beurtheilt, einerlei übrigens ob sie *vera* oder *putativa* war. s. §. 136. Note 6.

2) *Fr.* 36. *D.* 41, 1. „*Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire; nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*“ — Ueber den im *Fr.* 18. *D.* 12, 1. enthaltenen, blofs scheinbaren, Widerspruch vgl. Donellus IV, 18, §. 6—12.

Digitized by Google

tio de manu in manum bei beweglichen und *inductio in fundum s. praedium* bei unbeweglichen Sachen; 2) durch so genannte fingirte Uebergabe [1], wohin man insonderheit die s. g. *tradito brevi* [2] und *longa manu* [3], wie auch die *traditio symbolica* [4] zu rechnen pflegt. — Bei Rechten oder s. g. *res incorporales* ist zwar eine eigentliche Tradition nicht denkbar [5], es wird jedoch eine s. g. *quasi-traditio* dabei angenommen, welche, wenn der Berechtigte den Besitz der Sache, woran er das Recht ausüben soll, erhält, durch Uebergabe der Sache selbst [6], sonst aber bei einem positiven

---

1) Die Berichtigung dieser Ansicht kommt unten in der Lehre vom Besitze vor. Vergl. von Savigny R. d. Besitzes §. 16. 19 27.

2) Ueber die dahin gehörenden Fälle s. *Fr.* 15. *D.* 12, 1. „*Si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.*“ *Fr.* 3. §. 12. *D.* 24, 1. *Fr.* 1. §. 21. *D.* 41, 2. Ferner: §. 44. *I.* 2, 1. „*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam: veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi aut donaverit, aut dotis nomine dederit.*“ *Fr.* 9. §. 1. *D.* 6, 1. *Fr.* 9. §. 9. *D.* 12, 1, *Fr.* 9. §. 5. *D.* 41, 1.

3) *Fr.* 79. *D.* 46, 3. „*Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te iubeam: efficitur ut et tu statim liberis, et mea esse incipiat. Nam tum quod a nullo corporaliter eius rei possessio detineretur, adquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita existimanda est.*“ Vgl. *Fr.* 18. §. 2. *D.* 41, 2.

4) §. 45. *I.* 2, 1. *Fr.* 1. §. 21. *in f.* D. 41, 2.

5) *Fr.* 43. §. 1. *D.* 41, 1. „*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*“

6) Vgl. *Fr.* 3 *pr. D.* 7, 1. „(*Heres*) *dare — intelligitur (usumfructum), si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.*“

Rechte durch die vorgenommene Ausübung desselben [7]), und bei einem negativen durch den blofsen Vertrag erfolgen soll.

§. 139.

II) *Von der Schenkung als einer besondern Art der Tradition.*

Inst. II, 7. *Dig.* XXXIX, 5. *Cod.* VIII, 54.

Donellus V, 2. XIV, 26—31. XIX, 11. — H. Giphanius *de Donation. Altd.* 1690. — J. F. de Retes *de donat.* (*in* Meerm. *thesauro T.* 6.) — Jo. Henr. van Heemskerk *de donat. L. B.* 1710. — Nic. Molenwerff *de donation. L. B.* 1711.

A) Von der eigentlichen Schenkung.

1) Begriff und Erfordernisse.

Schenkung ist die ohne rechtlich verpflichtenden Grund geschehene unentgeltliche Uebertragung des Eigenthumes einer Sache auf einen Andern. Was 1) die dabei vorkommenden Subjecte (*Donans s. donator* und *donatarius*) betrifft, so müssen sie überhaupt die gehörigen Eigenschaften an sich tragen. Schenken können Alle, welche weder durch ein natürliches Hindernifs, noch durch ein gesetzliches Verbot verhindert und ausgeschlossen sind. Geschenkt kann gleichfalls Allen werden, die von Natur in den Erwerb einwilligen können [1]) und nicht gesetzlich abgehalten sind, durch Schenkung Eigenthum zu erwerben. Aus dem letztern Grunde sind namentlich ausgeschlossen: *a*) Familiensöhne, wenn ihnen ihr Vater

---

7) *Fr.* 20. *D.* 8, 1. „*Ego puto, usum eius iuris* (*viae*) *pro traditione possessionis accipiendum esse.*“

1) Dahin Wahnsinnige und Kinder „*priusquam fari possunt aut habere rei, quae ipsis donatur adfectum.*“ Vergl. jedoch *c.* 26. *C.* 8, 54.

Digitized by Google

eine Sache geschenkt hat [2]), wiewohl dieses, auf die juristische Personeneinheit sich beziehende, Verbot durch die Einführung der Peculien sehr modificirt ist [3]) und auch alsdann keine Anwendung findet, wenn der Vater die Schenkung bei seinem Tode bestätigt oder die Kinder emancipirt hat, ohne dieselbe zu widerrufen [4]); *b*) Ehegatten während der Ehe (*don. inter virum et uxorem*) [5]), ohne Unterschied, ob die Schenkung direct oder indirect geschehen ist. Das Verbot der Schenkung unter Eheleuten ist in der Regel so strenge, dafs selbst das schon gegebene Geschenk in jedem Falle, auch wenn es schon consumirt seyn sollte, sofern der Empfänger reicher dadurch geworden ist, zurückgefordert werden kann [6]); doch

---

2) *Fr.* 1. §. 1. *D.* 41, 6. „*Si pater filio, quem in potestate habet, donat, deinde decedat: filius pro donato non capiet usu: quoniam nulla donatio est.*“ *T. T. Cod.* V, 16.

3) *c.* 4. *C.* 5, 36. *c.* 6. §. 2. *C.* 6. 61.

4) *c.* 25. *C.* 5, 16. *Fr.* 31. §. 2. *D.* 39, 5. *c.* 17. *pr. C.* 8, 54.

5) *T. T. Dig.* XXIV, 1. *Cod.* V, 16. Der im *Fr.* 1. 2. *D. h. t.* angegebene Grund ist: „*ne mutuato amore invicem spoliarentur*“ und „*quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia.*“

6) *Fr.* 5. §. 18. *D.* 24, 1. „*In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo cave, cui donatum est, ut siquidem exstet res, vindicetur, si consumta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.*“ *Fr.* 35. §. 1. *D. eod.* „*Ait Oratio (Antonini Caracallae): Fas esse, eum quidem qui donavit poenitere, heredem vero eripere fortitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit: durum et avarum esse.*“ — Die Frage, ob eine solche Schenkung *ipso iure* ungültig sey? ist bestritten; sofern der Schenker das unbeschränkte Recht hat, die Schenkung zu widerrufen oder nicht zu erfüllen, läfst es sich zwar behaupten, *Fr.* 3. §. 10. *D. h. t.*: sofern aber die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätigt wird und von dessen Erben

Digitized by Google

giebt es auch hier mehrere Ausnahmen, insonderheit wenn von einer mäfsigen Schenkung die Rede ist, wodurch der Schenker nicht ärmer und der Beschenkte nicht eigentlich reicher wird, wenn das Geschenk nicht aus der Substanz des Vermögens selbst, sondern nur aus den Früchten desselben gemacht ist, wenn der Schenker an den nützlichen Folgen des Geschenkes Theil nimmt, wenn das Geschenk bei der bevorstehenden Scheidung gemacht wird u. s. w. [7]) Ueberhaupt wird die Schenkung unter Ehegatten durch den ohne Widerruf erfolgten frühern Tod des Schenkers bestätigt [8]). — 2) Object der Schenkung kann jede im Verkehr befindliche dem Schenker eigenthümlich gehörende Sache seyn; auch das ganze Vermögen, selbst das künftige nicht ausgenommen, kann verschenkt werden [9]). — 3) Die Form einer gehörig gemachten Schenkung besteht überhaupt in der vom Beschenkten angenommenen Erklärung des Schenkers, schenken zu wollen [10]), insonderheit aber ist verordnet, dafs wenn mehr als die Summe von 500 *Solidi* in einer Schenkung begriffen ist, dieselbe in der Regel gerichtlich bestätigt werden mufs (*Insinuatio donationis*) [11]).

---

kein Widerruf Statt findet, läfst sich auch das Gegentheil annehmen. G. L. Menken *D. de donationib. inter V. et U. non ipso iure nullis* (*in Opusc. n.* 18.)

7) *Fr.* 5. §. 8—12. 16. *Fr.* 7. §. 1. *Fr.* 8. 9—12. *Fr.* 25. *Fr.* 31. §. 8. 9. 32. §. 14. *Fr.* 60—62. *D. h. t. c.* 26. *C.* 5. 16. u. m. a. St.

8) *Fr.* 32. §. 14. *c.* 6. 25. *C. h. t.*

9) *c.* 35. §. 4. *C.* 8, 54. *c.* 8. *C.* 8, 56. Der Schenker ist jedoch wegen der auf dem geschenkten Vermögen haftenden Schulden nicht als ein *successor universalis* gehalten. Vgl. *Fr.* 72. *pr. D.* 23, 3. *Fr.* 12. *D.* 39, 5. *c.* 15. *C.* 8, 54.

10) *Fr.* 19. §. 2. *D.* 39, 5. „*Non potest liberalitas nolenti acquiri.*“ Vgl. *Fr.* 10. *D.* §. 2. *I. h. t.*

11) *c.* 36. §. 3. *C.* 8, 54. §. 2. *I.* 2, 7. Vgl. vorzüglich Donellus V, 2. §. 10. Ursprünglich war die Summe auf 300 *So-*

Digitized by Google

§. 140.

2) Wirkungen.

Die Wirkungen der gehörig gemachten Schenkung sind leicht anzugeben: wenn nemlich die geschenkte Sache zugleich übergeben wird, so gehört die Schenkung eigentlich hierher, als besondere Art der Tradition; wenn sie hingegen blofs versprochen ist, so ist die Lehre in das Recht der Forderungen zu verweisen. Uebrigens ist noch zu bemerken, dafs eine Schenkung im Zweifel nicht vermuthet wird [1]) und dafs in der Regel der Schenker nicht zur Gewährleistung verbunden ist [2]).

§. 141.

3) Revocation.

Cod. VIII, 56. III, 29.

Die gültig geschehene Schenkung kann revocirt werden: *a*) wegen Undankbarkeit des Donatars, wenn dieser

---

lidi bestimmt, *c.* 34. *pr. C.* 8, 54. Auch Schenkungen unter Ehegatten müssen insinuirt werden; vgl. jedoch *c.* 25. *C.* 5, 16. nicht aber remuneratorische Schenkungen, die sich auf eine rechtliche Verpflichtung gründen, und solche die vom Princeps herrühren. *c.* 34. *pr. C.* 8, 52. *Nov.* 52. *c.* 2. Bei einer Schenkung jährlicher Renten wird die Nothwendigkeit der Insinuation nicht nach dem Capital im Ganzen beurtheilt. *c.* 34. §. 1. *C. eod.* — Ueber die Berechnung des *solidus* vergl. Gronovius *de pecunia veterum* IV, 13. Nitsch Beschr. d. Römer Th. 2. S. 412.; nach der heut. Praxis Stryk *U. M. h. t.* §. 4. Pufendorf *Observ.* I, 17.

1) Es gilt die Regel; „*Nemo ita resupinus videtur ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat.*“ *Fr.* 25. *D.* 22, 3. es müfste denn eine stärkere Vermuthung für die Schenkung streiten, vergl. *Fr.* 34. *D.* 3, 5. *Fr.* 26. *D.* 22, 3. *Fr.* 15. *in f. D.* 24, 1.

2) Ueber die Ausnahmen s. *Fr.* 18. §. 3. *D.* 39, 5. *c.* 2. *C.* 8, 45.

Digitized by Google

den Schenker durch grobe, thätliche oder wörtliche Injurien beleidigt, ihm nach dem Leben getrachtet, einen bedeutenden Vermögensverlust zugezogen und die bei der Schenkung hinzugefügten Bedingungen nicht erfüllt hat [1]); *b*) wegen Verletzung des Pflichttheiles, in welchem Falle die Schenkung von den Pflichttheilsberechtigten verhältnifsmäfsig zurückgefordert werden kann [2]); *c*) nach der Praxis *ob supervenientiam liberorum;* dieser Fall ist jedoch, der klaren gesetzlichen Vorschrift zufolge, nur auf den Fall zu beschränken, wo der kinderlose Patron seinem Liberten sein ganzes Vermögen oder einen beträchtlichen Theil desselben geschenkt hatte, und nachher selbst noch Kinder erzeugte [3]).

---

1) *c.* 10. *C.* 8, 56. Auf die gesetzlich angegebenen Gründe der Undankbarkeit beziehen sich folgende *versus memoriales:*

„*Ingratum faciunt atrox iniuria, damnum,*
Impia dextra, fides fracta, pericla necis."

Auf die Erben des Schenkers gehen übrigens die *quaerimoniae ob ingratitudinem* nicht über. *c.* 10. *v.* „*Hoc tamen usque*" *C. cit.*

2) Das Singuläre hierbei ist, dafs um die Verletzung des Pflichttheiles zu bestimmen, auf die Quantität des Vermögens zur Zeit der gemachten Schenkung Rücksicht genommen, demnach der Grundsatz *viventis non datur hereditas* verletzt werden soll. *c.* 5. *C.* 3, 29. *Nov.* 92. *c.* 1. vgl. Hommel in *Rhapsod. obs.* 602. (*de monstroso iuris Rom. partu, cui nomen inofficiosa Donatio, et de actione ex ea contra donatarium*) — Nach älterm Rechte konnte sogar die ganze Schenkung aus diesem Grunde rescindirt werden. Es versteht sich übrigens, dafs bei mehrern auf einander folgenden Schenkungen die spätere immer zuerst eingezogen werden mufs. — Ge. Lud. Böhmer *de querela inoff. don. fratrum.* (*in Electis* I, 9.)

3) *c.* 8. *C.* 6, 58. „*Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quicquid largitus*

§. 142.

B) Von der uneigentlichen Schenkung.

Dig. XXXIX, 6. *Cod.* VIII, 55. 57.

J. Gfr. Bauer *Pr. de forma donat. c. mortis. Lp.* 1760. (*Opusc. I*, 25.) — von Schirach Betrachtung. üb. d. Schenk. auf d. Todesfall (im Archiv für civilist. Praxis II, 31.) — Chr. Schildener *D. de differ. inter don. simplicem et remunerat. spuriis. Jen.* 1798. — Frid. Bergmann *D. de natura donat. sub modo Romanor. Gott.* 1808. — Gfr. Phil. von Bülow Abhandl. II, 9. 16.

Eine uneigentliche Schenkung ist vorhanden, so oft die Schenkung von einer gewissen Voraussetzung abhängig gemacht wird, oder unter einer hinzugefügten Zweckbestimmung geschieht. Insonderheit kann man dahin die *donatio mortis causa*, *d. remuneratoria* und *d. sub modo* rechnen. — Was 1) die *d. mortis causa* betrifft, so ist darunter die Schenkung zu verstehen, deren Gültigkeit und Unwiderruflichkeit vom Tode des Schenkers abhängig gemacht ist [1]). Im Ganzen soll dieselbe zwar als ein Legat angesehen und beurtheilt werden [2]); doch treten

fuerat, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum." Vgl. Hofacker §. 1005. Jo. Gfr. Bauer *resp. iur. CLVI de facult. donat. propter liberos supervenientes revocandi. Lps.* 1804.

1) Vgl. *Fr.* 2. *D.* 39, 6. Die *mortis causa capio* ist ein weiterer Begriff und umfafst Alles, was man *propter mortem alicuius* erhält. *Fr.* 18. *D. eod.* „*Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat: sed et si propter alterius mortem id faciat.*"

2) §. 1. *I.* 2, 7. „*Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia; nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eum retrahebant: a nobis constitutum est, ut*

Digitized by Google

dabei auch mehrere abweichende Bestimmungen ein [3]). — 2) Die vergeltende Schenkung (*donatio remuneratoria*) kann, wenn auch keine besondere Verpflichtung zum Grunde liegt, in der Regel vom Schenker nicht zurückgefordert werden, selbst dann nicht, wenn dasjenige, was man als Grund der Schenkung angeführt hat und wofür die Belohnung bestimmt ist, in der That nicht Statt gefunden haben sollte, es müfste denn in der Form einer Bedingung ausgedruckt seyn [4]). — 3) Die zur Erfüllung eines Zweckes gemachte Schenkung (*donatio sub modo*) hängt, ihrer Gültigkeit nach, von der wirklichen Erfüllung des angegebenen Zweckes ab, widrigenfalls kann entweder auf die Erfüllung des Zweckes geklagt, oder die geschenkte Sache zurückgefordert werden [5]); vorausgesetzt dafs nicht blofs der Beschenkte bei der Er-

---

per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit."

3) Insonderheit mufs die *d. m. c.* beim Leben des Schenkers acceptirt seyn; die Fähigkeit des Donatars wird nach der Zeit des Todes des Schenkers beurtheilt; ihre Gültigkeit hängt nicht von der Antretung der Erbschaft ab; der vom Erblasser geschehene Widerruf aller Legate bezieht sich nicht auf die *don. mortis causa* u. s. w. Vgl. über diese Abweichungen von der rechtlichen Natur d. Legate Mackeldey Lehrb. d. heut. r. R. §. 541.

4) Es kommen hier dieselben Grundsätze zur Anwendung, welche eintreten, wenn etwas wegen einer als vergangen oder erfüllt vorausgesetzten freiwilligen Ursache gegeben ist. s. mein R. d. Forderungen §. 111. —

5) *c.* 2. 6. *C.* 4, 6. *c.* 1. *C.* 8, 55. Bei der Schenkung müssen, hinsichtlich des nicht erfüllten *Modus*, die Grundsätze von den Innominatcontracten angewendet werden, daher auch hier eine Zurückforderung des Gegebenen erlaubt ist. Dieses gilt jedoch nicht allgemein auch bei andern Rechtsgeschäften. s. Thibaut §. 159.

Digitized by Google

füllung des Zweckes interessirt ist [6]). — Auch die *dos* (*voluntaria*) und *donatio propter nuptias* kann man als Arten der *don. sub modo* betrachten.

Viertes Capitel.

Von der Usucapion.

Inst. II, 6. *Dig.* XLI, 2. *Cod.* VII, 30. 31. 33 *sq.*

Donellus *libr.* V. — Casp. Adriaan Parduyn *de usuc. L. B.* 1705. — Chph. Christ. Dabelow über d. Verjährung. Th. 1. 2. Halle 1805. 1807. — K. Aug. Dominic. Unterholzner die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. (Vgl. die Literat. bei d. Verjähr. d. Klagen §. 57.)

---

§. 143.

Vorerinnerung.

Usucapion ist Erwerb des Eigenthumes durch den in einer bestimmten Zeit fortgesetzten Civilbesitz [1]). Beim

6) *Fr.* 13. §. 2. *D.* 24, 1. „*Cum quis acceperit, ut in suo aedificaret, condici ei non potest: quia magis* (*simpliciter*) *ei donari videtur.*“

1) *Fr.* 3. *D.* 41, 3. *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Ulpian (*Fragm.* 19, 8.) sagt: „*Usucapio est — dominii adeptio*“ etc. Ueber die eigenthümliche Bedeutung von *usus* und *capere* vgl. *Fr.* 115. 171. *D.* 50, 16. Auch der Ausdruck *capere per longam possessionem s. longa possessione* kommt vor z. B. *Fr.* 3. §. 3. 23. *D.* 41, 2. — Uebrigens ist ein für allemal zu bemerken, dafs die vollendete Usucapion nur allein auf den Erwerb und resp. Verlust des Eigenthumes ihre Wirkung äussert,

Digitized by Google

ersten Blick scheint diese Lehre ein sehr hartes und den Grundsätzen des Rechts widersprechendes [2]) Institut zu enthalten; dieser Einwurf verschwindet aber, wenn man bedenkt, dafs die Usucapion durch das öffentliche Wohl und die allgemeine Sicherung des Eigenthumes begründet ist und dafs auch der bisherige Eigenthümer sich den Nachtheil seiner anhaltenden Nachläfsigkeit selbst zuzuschreiben hat [3]). — Gewöhnlich nimmt man einen allgemeinen Begriff von Verjährung an (*praescriptio*) und begreift darunter zwei Arten: erlöschende und erwerbende Verjährung (*praescr. extinctiva* und *acquisitiva*). Es läfst sich aber mit historischer Gewifsheit darthun, dafs im ganzen römischen R. kein solcher allgemeiner Begriff existirt und dafs überhaupt die oben §. 57. fg. dargestellte Lehre von der Präscription der Klagen, wesentlich von der hier in Betracht kommenden Usucapion verschieden ist. Um defswillen wird es vor allen Dingen nöthig seyn, durch eine kurze historishe Entwickelung eine richtige Ansicht der ganzen Lehre zu gewinnen.

§. 144.

1) Geschichte der Usucapion und *longi temporis praescriptio* vor Justinian.

Donellus V, 4. — Fr. Car. Conradi *hist. usucapionum et l. t. praescription.* (vor dessen *Triga libel-*

äussert, dafs aber begreiflich alle Rechte, die der vorige Eigenthümer selbst nicht hatte, dadurch nicht aufgehoben werden können, namentlich nicht das der usucapirten Sache anklebende Pfandrecht oder der daran zustehende Ususfruct. *Fr.* 44. §. 5. *D.* 41, 3. *c.* 7. *C.* 8, 14.

2) Vgl. *Fr.* 11. *D.* 50, 17. *Fr.* 2. *D.* 1, 6. *Fr* 39. *D.* 3, 5. *Fr.* 74. *D.* 50, 17.

3) *Fr.* 1. *D.* 41, 3. „*Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*“

Digitized by Google

lor. quibus iura usucapion. etc. expliaantur. Lips. 1728. 4.) — K. Heinr. Gros Geschichte d. Verjähr. nach dem röm. R. Gött. 1795. 8.

Schon in den zwölf Tafeln findet sich die Usucapion erwähnt; bewegliche Sachen sollten in einem, unbewegliche in zwei Jahren usucapirt werden [1]). *Bona fides* und *iustus titulus* wurde dabei gleich Anfangs wohl schon vorausgesetzt. — Das prätorische Edict verordnete späterhin: dafs bei der *rei vindicatio* eine Ausnahme von der sonst willkührlichen Ausübung des Klagrechts gemacht werden und, nach Ablauf einer gewissen Zeit, der Eigenthumsklage die Einrede der langen Zeit (*praescriptio s. exceptio longi temporis*) entgegen gesetzt werden sollte. Die Zeit scheint Anfangs willkührlich gewesen zu seyn, nachher aber wurde sie auf 10 Jahre unter Gegenwärtigen und auf 20 J. unter Abwesenden bestimmt. Sie sollte zwar ihren Erfordernissen nach, wie die Usucapion beurtheilt werden (d. h. es war gleichfalls *bona fides*, *iustus titulus* und Abwesenheit aller besonderen Ausnahmen nöthig), sie war aber doch wesentlich davon verschieden. Usucapiren konnte nemlich nur ein *civis*, präscribiren auch ein *peregrinus*; in objectiver Hinsicht wurden alle bewegliche Sachen, so wie die *praedia Italica* usucapirt und die Präscription war daher nur auf *praedia provincialia* beschränkt, weil diese sich im Obereigenthume des römischen Volkes befanden; abgesehen von der Zeitverschiedenheit war endlich auch die Wirkung verschieden, da die Usucapion römisches Eigenthum zur Folge hatte, die Präscription aber nichts Anderes war, als eine aus dem langen Besitze hergeleitete Einrede des Besitzers [2]). — Seit Theodos d. J. galt die bei allen

1) „*Usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annuus usus esto.*“

2) Hörte der Besitzer, der diese Einrede erworben hatte, auf zu besitzen und kam die Sache an einen neuen Besitzer, so

Klagen, also auch bei der *rei vindicatio*, eintretende dreissigjährige Einrede der Zeit (*praescriptio s. exceptio longissimi temporis*) als ein viel allgemeineres Surrogat der Usucapion. Sie sollte auch in allen Fällen eintreten, wo der *iustus titulus* nicht nachgewiesen werden konnte und ihr Zweck war: „*ne lites fierent immortales*". Das Eigenthum blieb dabei gleichfalls unverändert, konnte aber wegen dieser Einrede gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht geltend gemacht werden.

§. 145.

2) Geschichte unter Justinian.

Justinian vereinigte die Usucapion und Präscription der langen Zeit und begriff Beides unter dem Ausdruck Usucapion [1]). Alle Verschiedenheiten sollten wegfallen und, auf die Wirkung gesehen, von einer blossen, auf langen Besitz gegründeten Einrede nicht mehr die Rede seyn, sondern stets wirkliches Eigenthum und die daraus hervorgehende Eigenthumsklage (*rei vindicatio*) dadurch erworben werden [2]). Der Unterschied zwischen *civis* und *peregrinus* hatte schon längst aufge-

---

konnte der Eigenthümer, dessen Recht bisher durch die *praescriptio longi temporis* blofs gehemmt und unwirksam gemacht war, nun sein Eigenthum wieder geltend machen.

1) *T. T. Cod.* VII, 31. (*de usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*)

2) In den Institutionen, so wie in der neuen Ausgabe des Codex hat Justinian beide Institute noch beibehalten, um historisch seine Veränderung desto leichter übersehen zu können. Schon die Ueberschrift des Titels der Institutionen: *de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus* deutet auf die Vereinigung hin, obgleich Theophilus *και μακρον χρονον διακατεχομενων* übersetzt und auch viele Manuscripte *de usuc. et l. t. possessionibus* lesen.

Digitized by Google

hört und auch die objective Verschiedenheit zwischen den Grundstücken in Italien und in den Provinzen verschwand jetzt völlig [3]). Die Zeit wurde allgemein bei beweglichen Sachen auf drei Jahre, bei unbeweglichen auf zehn unter Gegenwärtigen und zwanzig J. unter Abwesenden bestimmt. — Auch die Präscription der längsten Zeit wurde ohne Zweifel in eine Usucapion verwandelt, denn es sollte auch hierdurch Eigenthum in den Fällen erworben werden, wo die *usucapio ordinaria* nicht Statt finden konnte [4]). Nur allein wenn *mala fides* vorhanden war, sollte eine Ausnahme eintreten und der Besitzer das Eigenthum nicht erwerben, sondern nur befugt seyn, so lange der Besitz dauerte, der wider ihn erhobenen Klage die Einrede der nicht in der gehörigen Zeit geschehenen Ausübung des Klagrechts entgegen zu setzen [5]).

---

3) *T. T. Cod.* VII, 25. (*de nudo iure Quiritium tollendo.*)

4) Der Ausdruck Usucapion kommt zwar in dieser Beziehung nicht in den Gesetzen vor, aber der Sache nach war es ohne Zweifel Usucapion. Daher die neuern Rechtsgelehrten nicht unpassend dafür die Benennung *usucapio extraordinaria* eingeführt haben.

5) Es kommt hier Alles auf die richtige Interpretation der *c.* 8. § 1. *C.* 7, 39. an. Justinian setzt darin den Fall voraus, wo der rechtmäfsige Eigenthümer (oder Pfandgläubiger) von einem dritten Besitzer durch die Einrede von 30 oder 40 Jahren ausgeschlossen ist, und nun dieser dritte Besitzer den Besitz der Sache wieder verliert. In diesem Falle befand sich der dritte Besitzer entweder in gutem Glauben, dann soll er die *actio ad rem vindicandam* haben; die *praescriptio* ist also hier in Usucapion, in wirkliches Eigenthum für ihn verwandelt; oder in bösem Glauben, dann hat er keine Klage auf Wiedererlangung der verlorenen Sache (*indignus eo praesidio videtur*) und man mufs weiter unterscheiden: entweder erlangt

Digitized by Google

Erster Absatz.

Von der ordentlichen Usucapion (*Usucapio ordinaria*).

§. 146.

Vorerinnerung.

Die Usucapion ist an gewisse sowohl objective als subjective Voraussetzungen gebunden, deren nähere Darstellung den Inhalt des gegenwärtigen Absatzes ausmacht Vor allen Dingen mufs nemlich der zu usucapirende Gegenstand sowohl seiner natürlichen Beschaffenheit nach, als auch der gesetzlichen Vorschrift gemäfs Usucapion zulassen. In der erstern Hinsicht sind alle Sachen, die nicht im Eigenthume und Besitz seyn können (*res commercio hominum exemtae*), auch der Usucapion nicht unterworfen [1]); in der letzteren Hinsicht aber können alle

der ursprüngliche Eigenthümer (oder Berechtigte), der früherhin durch die Einrede ausgeschlossen war, den Besitz wieder, dann behält er natürlich den Besitz und resp. das Eigenthum; oder ein Anderer erlangt den Besitz, der kein Recht darauf hat, dann hat der ursprüngliche Eigenthümer (oder Pfandgläubiger) oder dessen Erbe, das Recht, von diesem Andern die Sache zu vindiciren, ohne dafs auf die frühere Präscription Rücksicht genommen wird; dieser Andere müfste denn für sich wieder eine *praescr. longissimi temporis* erworben haben.

1) §. 1. *I.* 2, 6. *Fr.* 9. *D.* 41, 3. — Dahin müfsten denn auch alle dinglichen Rechte gehören, weil sie als s. g. *res incorporales* nicht besessen werden können, *Fr.* 43. §. 1. *D.* 41, 1. „*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*"; es soll jedoch namentlich bei den Servituten die in der ordentlichen Usucapionszeit Statt gefundene Ausübung als Besitz betrachtet und so ein der Usucapion analoger Erwerb angenommen werden. *Fr.* 10. *D.* 8, 5. *c.* 12. *in f. C.* 7, 33. — Mehrere Stellen, welche die Usu-

Digitized by Google

Sachen nicht usucapirt werden, wobei durch ein gesetzliches Verbot entweder die Alienation und dadurch mittelbar die Usucapion [2]), oder wobei geradezu und unmittelbar die Usucapion selbst untersagt ist [3]). — Ausserdem kommt gewöhnlich bei der Usucapion ein doppeltes Subject in Betracht; das eine überträgt den Besitz der Sache auf den Andern aus einem gerechten Grunde (*Auctor possessionis*); das andere will durch den ihm

---

capion der Servituten verbieten, z. B. *Fr.* 4. §. 29. *D.* 41, 3. *Fr.* 14. *pr. D.* 8, 1. sind von der *Usucapio biennii* der XII Tafeln zu verstehen, welche durch die *lex Scribonia* bekanntlich bei den Servituten aufgehoben war, nicht aber von der nachher in Usucapion verwandelten *longi temporis praescriptio.*

2) Dahin gehören insonderheit unbewegliche Sachen der Pupillen und Minderjährigen, eben so die *fundi dotales. Fr.* 48. *pr. in f. D.* 41, 1. *Fr.* 4, 16. *D.* 23, 5. *pr. I.* 2, 8. Eine Ausnahme tritt jedoch natürlich dann ein, wenn die ordentliche Usucapion schon vor eingetretener Voraussetzung des Verbotes erfolgt seyn sollte, vergl. *Fr.* 16. *D.* 23, 5., wiewohl der Minderjährige immer Restitution dagegen verlangen kann, *Fr.* 45. *pr. D.* 4, 4. *c. un. C.* 2, 36. Viele Rechtsgelehrte behaupten indessen, dafs zufolge der *c.* 5. *C.* 2, 41. unter keiner Voraussetzung *usucapio ordinaria* gegen Minderjährige Statt finden könne, also auch dann nicht, wenn z. B. die Usucapion gegen den vom Minderjährigen beerbten Vater bereits ihren Anfang genommen haben sollte.

3) Das gesetzliche Verbot zweckt entweder zur Begünstigung des Eigenthümers ab, dahin die *res fiscales et dominicae principis*, die unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, die *bona adventitia* der grofsjährigen Familiensöhne während der väterlichen Gewalt u. s. w., oder zur Strafe des Besitzers, dahin die *res furtivae, vi possessae* u. s. w. (Inwiefern bei den der ordentlichen Usucapion mittelbar oder unmittelbar entzogenen Fällen *usucapio extraordinaria* Statt finden könne? wird unten im zweiten Absatze näher bestimmt werden.)

Digitized by Google

übertragenen Besitz das Eigenthum erwerben (*Usucapiens*). Der von welchem der Usucapient seinen Besitz ableitet, mit einem Worte der Auctor, mufs aber, wenn von Usucapion die Rede seyn soll, ein Nichteigenthümer (*non dominus*) gewesen seyn, weil er, als wirklicher Eigenthümer, das Eigenthum auch sofort übertragen haben würde und die Usucapion folglich gar nicht nöthig wäre. Bei dem durch Usucapion das Eigenthum erwerbenden Subjecte hingegen, oder beim Usucapienten, treten aber drei sehr wichtige Erfordernisse ein, die wir ausführlich erörtern müssen. Der Usucapient mufs nemlich 1) besitzen — und bei dieser schicklichen Gelegenheit soll überhaupt das Recht des Besitzes eingeschaltet werden [4]); 2) er mufs gerecht besitzen; 3) er mufs eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besitzen.

§. 147.

I) *Der Usucapient mufs besitzen.*

Recht des Besitzes.

Dig. XLI, 2. *Cod.* VII, 32.

Donellus *lib.* V. *c.* 6—13. — Friedrich Karl von Savigny das Recht des Besitzes. Giessen 1803. neueste verbesserte Ausg. daselbst 1818.

A) Von dem Begriff und der rechtlichen Natur des Besitzes.

1) Besitz als Factum (*Detentio*) und als mittelbar juristisches Verhältnifs (*ius possidendi*).

Der Besitz ist seinem ursprüglichen Begriffe nach ein

4) Auch Connanus in *Comment. iur. civ.* III, 8—10. handelt den Besitz bei der Usucapion ab, ebenso Donellus in *Comm.* V, 6—13.

blosses Factum [1]) und man versteht darunter den Zustand, in welchem die eigene Einwirkung auf eine Sache nicht nur physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist. In dieser Hinsicht ist Besitz mit Detention gleichbedeutend. Das Daseyn dieses factischen Besitzes ist, eben weil derselbe an und für sich kein juristisches Verhältnifs ausmacht, von allen über den Erwerb von Rechten gesetzlich aufgestellten Regeln unabhängig, und kein Besitzer kann, genau betrachtet, als Successor des vorigen betrachtet werden, sondern erwirbt stets einen von dem vorigen verschiedenen neuen Besitz. — Dieses ursprünglich blofs factische Verhältnifs des Besitzes wird jedoch mittelbar durch die Beziehung auf das Eigenthum ein juristischer Begriff und als solcher Gegenstand der Gesetzgebung. Da nemlich Eigenthum die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkühr einzuwirken und jeden Andern von ihrem Gebrauche auszuschliefsen, so liegt in der Detention, wenn man sie hierauf bezieht, die Ausübung eines rechtlichen Verhältnisses, die Ausübung des Eigenthumes (Recht zu besitzen, *Jus possidendi*). Es gilt hier der Grundsatz: der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, und der, welchem der Eigenthümer dieses Recht gestattet hat.

§. 148.

2) Besitz als unmittelbar juristisches Verhältnifs (*ius possessionis*).

Der Besitz wird nun aber von den Gesetzen nicht blofs als Folge eines Rechts, als ein auf das Eigenthum sich beziehendes Factum gedacht, sondern auch als Bedin-

1) *Fr.* 1. §. 3. *D.* 41, 2. „*Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum, aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.*“ *Fr.* 19. *D.* 4, 6. „*Possessio autem plurimum facti habet.*“

gung von Rechten, als ein für sich bestehendes unmittelbar juristisches Institut. Das blofs factische Verhältnifs der Detention wird nemlich dadurch zu einem juristischen Besitze erhoben, dafs der Inhaber einer Sache zugleich die Absicht hat dieselbe als ihm gehörend besitzen zu wollen (*animus domini*) [1], und so entsteht das Recht des Besitzes (*jus possessionis*) [2]. In dem ganzen römischen Rechte finden sich indessen nur zwei juristische Beziehungen, welche den Besitz als Bedingung ihrer Existenz voraussetzen: die Usucapion und die possessorischen Interdicte [3]. Bei der Usucapion gilt nemlich der Grundsatz: wer eine Sache eine gewisse Zeit hindurch auf die gehörige Art besessen hat, soll das Eigenthum derselben erwerben. Der Besitz ist also hier eine für sich bestehende Quelle des Rechts, indem dadurch Eigenthum begründet wird [4]. Bei den possessorischen Interdicten hingegen ist zwar die Stöhrung des Besitzes an und für sich keine Rechtsverletzung, da der Besitz ursprünglich gar kein juristisches Verhältnifs ausmacht, wohl aber wird die Stöhrung des Besitzes zu einer Rechtsverletzung erhoben,

---

1) Fehlt diese Absicht wie z. B. beim Commodatar, Depositar, Fructuar, Pachter, so sagen die Gesetze: *non possidet*, oder *alieno nomine possidet*, oder *naturaliter possidet*. Vgl. *Fr*, 18. *pr. D.* 41, 2. *Fr.* 9. *D.* 6, 1.

2) Da man den juristischen Besitz einer Sache haben kann, ohne Eigenthümer zu seyn, und umgekehrt, so ergiebt sich, dafs Beides nicht mit einander verwechselt werden darf. *Fr.* 12. §. 1. *D.* 4, 2. „*Nihil commune habet proprietas cum possessione*“ etc.

3) Dafs ausser diesen Rechten keines zu finden ist, welches als Wirkung des Besitzes gelten könnte, hat v. Savigny a. a. O. §. 3. S. 12. fg. überzeugend dargethan.

4) Das prätorische Eigenthum kann man nicht als den Grund der Usucapion selbst betrachten, da es erst lange nachher eingeführt worden ist.

Digitized by Google

wenn dieselbe auch in anderer Hinsicht als widerrechtliche Handlung (*vitium possessionis*) [5]) erscheint. Der so verletzte Besitz wird wiederum Quelle eines eigenen Rechts, der possessorischen Interdicte, ohne dafs es dabei auf die Rechtlichkeit des Besitzes selbst ankommen kann [6]). — In Beziehung auf den römischen Sprachgebrauch [7]) ist hierbei zu bemerken: 1) dafs *possessio civilis* so viel als *possessio ad usucapionem* bedeutet und jeder andere Besitz, der nicht auf diese Art zum Eigenthume führt, *p. naturalis* genannt wird; 2) dafs *possessio* schlechthin gleichbedeutend mit *possessio ad interdicta* ist, und der Besitz, der diese nicht begründet,

---

5) Der Prätor sagt: „*Quod vi, clam, precario factum erit restituam*“

6) Der juristische, d. i. mit dem *animus domini* begleitete Besitz enthält also an und für sich den Grund der Interdicte. §. 6. *I*, 4, 15. „*Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium deiectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi: per quod is qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem: licet is ab eo qui vi deiecit, vi, vel clam vel precario possideat.*“ *Fr.* 1. §. 9. *Fr.* 2. *D.* 43, 17. „*Quod ait Praetor in Interdicto, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet: ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario; si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere palam est. — Iusta enim an iniusta adversus caeteros possessio sit, nihil refert: qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.*“ (Bei der Vindication und dem Interdict, wodurch die *missio in possessionem* geschützt werden soll, ist das Verhältnifs anders, weil hier ein Recht auf die Detention geltend gemacht wird, vergl. von Savigny a. a. O. §. 2. S. 8. fg.)

7) Vgl. von Savigny a. a. O. §. 7. S. 39. fg.

Digitized by Google

wieder *naturalis* heifst; 3) dafs *possessio* schlechthin (*ad interdicta*) die *possessio civilis* (*ad usucapionem*), welche nur einige Bestimmungen mehr enthält, ganz in sich fafst, und dafs überhaupt die *possessio naturalis* immer einen bald weitern, bald engern Gegensatz bildet, je nachdem man sie entweder der *possessio civilis* oder der *possessio civilis* und der *possessio* entgegen setzt [8]).

§. 149.

B) Vom Erwerbe des Besitzes [1]).

1) Von dem dazu nöthigen körperlichen Handeln (*Factum*).

Aller Erwerb des Besitzes beruht auf einem körperlichen Handeln (*Factum*) von dem bestimmten Willen die Sache als eine eigene haben und behandeln zu wollen (*Animus domini*) begleitet [2]). Zunächst von dem Factum. Dieses mufs für den, welcher den Besitz erwerben will,

---

8) Vgl. über die verschiedenen Begriffe von *possessio* die sehr lehrreiche Tabelle, bei Hrn. von Savigny a. a. O. §. 9. S. 109. — Die Frage, zu welcher Classe von Rechten der juristische Besitz gehöre? ist eigentlich nur in Beziehung auf die Interdicte zu beantworten: die offenbar auf *Obligationes ex delicto* sich gründenden possessorischen Interdicte gehören nemlich in das Obligationsrecht. (s. mein Recht der Forder. S. 300. fg.) Bei der Usucapion hingegen macht der Besitz nur einen Theil der ganzen Handlung aus, wodurch Eigenthum erworben wird.

1) Zwei freilich nicht sehr bedeutende Dissertationen, die ich zufällig besitze, können der reichhaltigen Literatur des von Savigny'schen Werkes allenfalls hinzugefügt werden: Gerard de Bye *de possessione acquirenda, retinenda, amittenda. Lugd. Batav.* 1709. — Paul. Sebast. le Leu de Wilhem *de possessione. L. B.* 1710.

2) *Fr.* 3. §. 1. *D.* 41, 2. „*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.*“ *Fr.* 8. *D. eod. Fr.* 153. *D.* 50, 17.

Digitized by Google

eine solche Lage herbeiführen, dafs er und nur er allein im Stande ist, auf die Sache nach Willkühr zu wirken. Es ist daher nicht gerade unmittelbare körperliche Berührung dazu nöthig. Angewendet 1) auf den Erwerb des Besitzes bei Grundstücken, wird weiter nichts als die blofse Gegenwart oder sinnliche Wahrnehmung erfordert, eine Handlung braucht nicht darauf vorgenommen zu werden, und dieses ist die s. g. *traditio longa manu* (s. §. 138.) [3]). Wenn jedoch des Grundstück bisher von einem Andern besessen wurde, so mufs noch eine Bestimmung des Bewufstseyns des bisherigen Besitzers, die entweder mit oder gegen seinen Willen erfolgt, hinzutreten. Der bisherige Besitzer mufs also entweder aus seinem Besitze herausgeworfen werden, oder er mufs freiwillig den Besitz übergeben (*vacuam tradere possessionem*). — 2) Bei beweglichen Sachen ist, ausser dem wirklichen Ergreifen, gleichfalls die unmittelbare Gegenwart und auch das Aufbewahren in unserer Wohnung hinreichend. Die unmittelbare Gegenwart ist bei Sachen, die von so grofsem Umfange oder Gewichte sind, dafs sie nicht leicht von der Stelle gebracht werden können,

---

3) *Fr.* 77. *D.* 6, 1. „*Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisivit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.*“ *Fr.* 3. §. 1. *D.* 51, 2. „*Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hoc sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere.*“ *Fr.* 18. §. 2. *D. eod.* „*Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat: non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.*“

schon hinlänglich [4]), und das Aufbewahren in unserer Wohnung reicht aus dem Grunde hin, weil Jeder über seine Wohnung eine sichere Herrschaft hat, wodurch ihm zugleich die *custodia* über alle die Sachen zusteht, die in der Wohnung enthalten sind [5]). — Sollte das physische Verhältnifs zu der Sache schon vorher existiren, ehe der eigentliche Besitz erworben werden soll, so mufs zwar zu dem Erwerbe des Besitzes ohne Zweifel eine Bestimmung des Willens hinzukommen, aber für das Factum ist durchaus nichts Neues zu thun nöthig [6]).

---

4) *Fr.* 1. §. 21. *D.* 41, 2. *Fr.* 79. *D.* 46, 3. Hieraus folgt, dafs wenn ich die Sache, die ein Anderer mir geben will, einem Dritten geben lasse, der juristische Besisz wirklich auf mich und von mir auf den Dritten übertragen worden ist, obgleich „*celeritate coniungendarum inter se actionum una actio occultatur.*“ *Fr.* 5. §. 12. *D.* 24, 1. vergl. *Fr.* 31. §. 1. *D.* 39, 5. — Angewendet auf die Jagd ist jedoch nach dem Obigen (s. §. 125.) die unmittelbare Gegenwart noch nicht hinreichend und eben so wenig bei verschlossenen Sachen, so lange die Schlüssel nicht übergeben sind. *Fr.* 9. §. 6. *D.* 41, 1. §. 45. *I.* 2, 1. (s. g. *traditio symbolica* s. §. 138.)

5) *Fr.* 18. §. 2. *D.* 41, 2. „*Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim: possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit.*“ Dieser Erwerb des Besitzes ist jedoch nur durch den eigenen Gebrauch, nicht aber durch das Eigenthum und den juristischen Besitz der Wohnung bedingt. Vgl. *Fr.* 30. *pr. D.* 41, 2. „*Qui universas aedes possidet, singulas res quae in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave, et de armario.*“

6) Namentlich gehört hierher die bedingte Uebergabe *Fr.* 58. §. 1. *D.* 41, 2. und die s. g. *traditio brevi manu* s. §. 138. — Bei dem Repräsentanten eines fremden Besitzes einer beweglichen Sache ist jedoch der blofse *animus* zum Erwerb des juristischen Besitzes nicht hinreichend, sondern es mufs bei ihm, wie unten gezeigt werden soll, *contrectatio* hinzukommen.

Digitized by Google

§. 150.

2) Von der zum Erwerbe nöthigen Bestimmung des Willens (*Animus domini*).

Die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einwirken zu können, ist nicht die alleinige Bedingung des Erwerbes, sondern es mufs auch der Wille vorhanden seyn, die Sache als eine eigene haben und behandeln zu wollen. Daher können solche, die überhaupt nicht wollen können, auch keinen Besitz erwerben, namentlich nicht Wahnsinnige und Kinder „*qui nondum eius aetatis sunt ut affectionem tenendi habeant*“ wenn sie ohne Beistand ihres Vormundes den Besitz erlangen [1]). Auch der Gegenstand mufs so beschaffen seyn, dafs wir uns seiner, als einer einzelnen Sache bewufst werden können; es ist daher in der Regel unmöglich den Besitz eines einzelnen Theiles für sich zu erwerben [2]), und wer ein Ganzes besitzt, besitzt nur dieses, nicht jeden einzelnen Theil für sich [3]). — Da endlich aller abgeleitete Besitz blofs als Ausnahme von der Regel betrachtet werden mufs, so gilt der Grundsatz, dafs durch die juristischen Geschäfte,

---

1) *Fr.* 1. §. 3. *Fr.* 18. §. 1. *Fr.* 32. §. 1. *D.* 41, 2. Auch die *hereditas iacens* als fingirte *domina* kann, als solche, keinen Besitz erwerben, eben so wenig Corporationen, vgl. jedoch *Fr.* 1. §. 22. und *Fr.* 2. *D. eod.*

2) Ueber die hierher gehörenden Ausnahmen, namentlich wenn der Theil so beschaffen ist, dafs er auch ein eigenes Ganze für sich ausmacht, und wenn des Ganze blofs ideell, nicht reell getheilt ist. s. von Savigny §. 22. S. 254. fg.

3) Vgl. *Fr.* 7. §. 1. 2. *D.* 10, 4. „*Si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: quamvis tunc civiliter non possideas. Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho iunxeris.*“ etc. Vorzüglich *Fr.* 23. *pr.* §. 2. *D.* 41, 3.

Digitized by Google

welche mit Detention verbunden sind, gewöhnlich kein juristischer Besitz entsteht [4]).

§. 151.

C) Vom Verluste des Besitzes.

1) In der Person des Besitzers.

Der Besitz geht überhaupt verloren, so oft nur eine der zum Erwerb nöthigen Bedingungen wegfällt, entweder die Möglichkeit der physischen Einwirkung, oder die Reproduction der Absicht besitzen zu wollen [1]). Dieses ist nun aber sowohl in der Person des Besitzers selbst, als seines Stellvertreters möglich. — In der Person des Besitzers selbst fällt 1) das *Factum* oder die Möglichkeit des Einwirkens, welche zur Fortdauer des Besitzes nicht gerade eine unmittelbare und gegenwärtige zu seyn braucht, gänzlich weg: *a*) bei beweglichen Sachen dadurch, dafs ein Anderer sich derselben heimlich oder mit Gewalt bemächtigt hat [2]), oder dadurch, dafs der Ort, an welchem sich die Sache befindet, uns entweder

---

4) Eine Ausnahme macht in jedem Falle der Besitz des Emphyteuta und die durch den *contractus pigneratitius* auf den Pfandgläubiger übertragene Detention, bisweilen das *depositum* und gewöhnlich das *precarium*. Vgl. von Savigny §. 24. 25. S. 290. fg.

1) *Fr.* 44. §. 2. *D.* 41, 2. „— — *eius quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore.*“ In dem *Fr.* 153. *D.* 50, 17. und *Fr.* 8. *D.* 41. 2. heifst es zwar: „*Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*“ *Utrumque* ist aber hier so viel als *alterutrum*. Vgl. *Fr.* 10. §. 13. *D.* 38, 10. *Fr.* 16. *D.* 31. *c.* 8. §. 5. *C.* 6, 61. Vgl. von Savigny a. a. O. §. 30. S. 341. fg.

2) *Fr.* 15. 24. D. 41, 2.

Digitized by Google

unzugänglich oder unbekannt ist [3]); es müfste denn eine besondere Anstalt der Aufbewahrung (*custodia*) das Finden für die Zukunft gesichert haben [4]); *b*) bei unbeweglichen Sachen aber wird der Besitz, auch nach aufgehobenem Factum, so lange noch als fortdauernd angenommen, bis der vorige Besitzer davon Nachricht bekommen hat [5]). 2) Der *Animus* auf der andern Seite, dessen zufälliges Nichtdaseyn bei der Fortsetzung des Besitzes nicht schadet, hört gänzlich auf und der Besitz geht dadurch verloren, so oft der Besitzer in irgend einem Augenblicke den Willen hat, seinen bisherigen Besitz aufzugeben, denn dadurch wird offenbar die Reproduction des ursprünglichen Willens unmöglich gemacht [6]). — Eine solche den Verlust herbeiführende entgegengesetzte Bestimmung des Willens mufs häufig aus schlüssigen Handlungen des Besitzers gefolgert werden, z. B. beim *constitutum possessorium*.

§. 152.

---

3) *Fr.* 13. 25. *D. eod.*

4) *Fr.* 3. §. 13. *Fr.* 44. *pr. D. eod.* (Die Anwendung dieser Grundsätze auf zahme, zahmgemachte und wilde Thiere läfst sich leicht bestimmen. s. von Savigny §. 31. S. 353.

5) Hieraus folgt, dafs die blosse Occupation in Abwesenheit des Besitzers bei Grundstücken noch keinen juristischen Besitz ertheilt, vielmehr kann der Verlust hier immer nur durch eine entgegengesetzte Bestimmung des Bewufstseyns des bisherigen Besitzers (durch *animus*) herbeigeführt werden. *Clandestina praediorum possessio non datur.* Vgl. *Fr.* 3. §. 7. 8. *Fr.* 6. §. 1. *Fr.* 7. 46. *D.* 41, 2.

6) *Fr.* 3. §. 6. *Fr.* 17. §. 1. *D.* 41, 2. Durch den von Neuem gefafsten Entschlufs besitzen zu wollen, wird genau genommen keine Fortsetzung des einmal aufgegebenen Besitzes, sondern nur ein neuer Erwerb des Besitzes begründet.

Digitized by Google

§. 152.

2) Bei Stellvertretern.

Wird der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, einerlei ob dieser mit dem Besitzer in einem Verhältnifs juristischer Gewalt oder in einem freien Verhältnifs steht [1]), so kann in der Person des Besitzers das physische Verhältnifs zur Sache, welches gerade durch den Stellvertreter erhalten wird, ohne Schaden verloren gehen [2]); sobald hingegen der Besitzer den *animus possidendi* aufgiebt, mufs auch der Besitz augenblicklich aufhören. Was aber den Verlust aus einem bei dem Stellvertreter selbst eingetretenen Grunde betrifft, so kann dieser entweder ein Verlust an den Stellvertreter oder durch denselben seyn.

1) Der Verlust an den Stellvertreter kann durch den bloßen Willen den Besitz zu erwerben, da derselbe schon im physischen Verhältnisse zu der Sache steht, nicht herbeigeführt werden; sondern es mufs bei unbeweglichen Sachen, wie überhaupt, eine Bestimmung des Bewufstseyns des vorigen Besitzers hinzutreten; und bei beweglichen Sachen ist der Anfang des neuen Besitzes von Seiten des Stellvertreters durch alle die juristischen Bedingungen, welche das *Furtum* zu seinem Begriffe erfordert, nothwendig bedingt, d. i. es wird schlechterdings Contrectation, oder körperliche Berührung der Sache, in der Absicht sie zu stehlen,

---

1) *Fr.* 9. *D.* 41, 2. „*Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus: nos possidere videmus.*“ (Das Verhältnifs der Repräsentation kann übrigens auch als fortgesetzt gedacht werden. *Fr.* 30. §. 6. *D.* 41, 2.)

2) *Fr.* 1. §. 45. *D.* 43, 16. „*Non alii autem quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere, argumentum praebet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc Interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt.*“

Digitized by Google

vorausgesetzt [3]). — 2) Der Verlust durch den Stellvertreter, auf der andern Seite, kann entweder von der Art seyn, dafs er sich bei jedem andern Besitzer gleichfalls ereignet haben würde, oder ein Verlust in besonderer Beziehung auf die Stellvertretung, und zwar entweder ohne Willen des Stellvertreters, durch fremde gegen ihn gebrauchte Gewalt [4]), oder durch seinen Willen, dergestalt dafs Niemand oder dafs ein Dritter den natürlichen Besitz bekommt [5]). Justinian hat jedoch in Hinsicht auf die Untreue des Stellvertreters allgemein verordnet, dafs dieselbe dem Besitzer nicht schaden soll [6]).

§. 153.

II) *Der Usucapient mufs gerecht besitzen.* (s. §. 147.)

Donellus *libr.* V. *c.* 14—18.

Der Besitz allein, dessen rechtliche Natur uns bisher beschäftiget hat, ist noch nicht hinreichend, die Usucapion zu begründen, sondern es mufs der Besitz überdiefs noch besonders geeignet, es mufs überhaupt ein gerechter Besitz seyn. Die Gerechtigkeit des Besitzes beruhet aber auf drei besondern Voraussetzungen: 1) der Besitzer mufs in gutem Glauben seyn; 2) er mufs einen rechtlich be-

3) *Fr.* 3. §. 18. *D.* 41, 2. Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit *Fr.* 47. *D. eod.* s. von Savigny §. 33. S. 386. Note 2.

4) Hier soll der Besitz augenblicklich verloren gehen, wenn auch der Besitzer selbst noch keine Nachricht davon erhalten hat. Vgl. *Fr.* 1. §. 22. *D.* 43, 16. — (Blofse Unfähigkeit des Repräsentanten hebt natürlich den Besitz nicht auf. *Fr.* 60. §. 1. *D.* 19, 1. *Fr.* 25. §. 1. *Fr.* 40. § 1. *D.* 41, 2.)

5) Vgl. über diese Fälle und die Auslegung der dahin gehörenden Fragmente der Pandekten von Savigny §. 33. S. 390. fg.

6) *c.* 12. *C.* 7, 32.

Digitized by Google

gründeten, aber irrigen Anspruch haben; 3) der von einem Andern abgeleitete Besitz mufs auf ihn mit dem Willen des Vorgängers übergegangen seyn. — Von der *bona fides* und dem *iustus titulus* ist in dem Folgenden näher die Rede; was aber die eben erwähnte letzte Voraussetzung betrifft, so ist dieselbe um defswillen nöthig, weil ohne diesen Willen auch das wirkliche Eigenthum nicht übertragen werden kann [1]).

§. 154.

A) Von der *bona fides*

Chr. Frid. Ge. Meister *D. de fide eiusque iure in usuc. et praescr.* Gött. 1741. — Karl Aug. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens. Erlangen 1820.

Der gute Glaube überhaupt besteht in der festen Ueberzeugung, dafs kein Anderer Eigenthümer sey, man

1) *Fr.* 34. *D.* 41, 2. „*Fundi emtor etiam si mandaverit alicui, ut emtorem in vacuam possessionem induceret: priusquam id fieret, non recte emtor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris, mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus, id fecerit: recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut cum sciret heredes id facere nolle: contra erit.*“ *Fr.* 5. *D. eod.* „— — — *si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem: non pro emtore possides, sed praedo es.*“ Donellus *l. idr.* V. *c.* 18. bemerkt sehr richtig: „*Hoc ad iustam possessionem eadem ratione exigitur, qua superiora. Id enim agitur in hac adeptione, ut possessor se possessione dominum fieri putet. Quod ita fit, si et ea interveniant, sine quibus etiam a vero domino res non transferretur. Ad eam autem translationem necessaria est iusta quidem causa; sed inprimis domini traditio et transferendi voluntas.* (§. 40. *I.* 2, 1.) *Quapropter, nisi haec traditio et voluntas praecedet: eodem vitio laborabit possessio, quasi re malo more, et non bona fide apprehensa.*“

Digitized by Google

darf nicht wissen, die Sache sey fremd. Aus diesem allgemeinen Begriffe ergiebt sich zugleich, dafs der Besitzer nicht nur geglaubt haben mufs, der, welcher ihm die Sache übergeben (sein Auctor) habe ein Recht dazu gehabt, sondern dafs er auch selbst die ihm übergebene Sache habe erwerben können [1]). — Uebrigens wird dieser gute Glaube bis zum Beweise des Gegentheiles [2]) vermuthet, und er ist, nach den Grundsätzen des Civilrechts, blofs beim Anfange des Besitzes nöthig [3]).

§ 155.

B) Von dem *iustus titulus*.

1) Ueberhaupt.

Greg. Maiansii *Disputatt. iur. civ.* II, 51. — Chr. Fr. Ge. Meister *Pr. de errore circa titulum eiusque effectu in usuc. et praescr.* Gött. 1744.

Ausser dem guten Glauben mufs ein rechtlich begründeter, aber irriger Anspruch vorhanden seyn, d. h.

---

1) *Fr.* 27. *D.* 18, 1. „*Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bonae fide emit; at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur b. f. emere.*“ *Fr.* 32. §. 1. *D.* 41, 3. „*Si quis id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiam si erret, non tamen procedere eius usucapionem; vel quia non b. f. videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.*“ *Fr.* 109. *D.* 50, 16. „*Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere.*“

2) *c.* 30 *C.* 8, 45.

3) §. 12. *I.* 2, 6. *Fr.* 15. §. 1. *D.* 41, 3. *Fr.* 2. §. 13. *Fr.* 7. §. 4. *D.* 41, 4. *c.* 1. *C.* 7, 31. „*Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat*“ etc. (Anders nach canonischem R. u. deutschem Gerichtsgebrauch vgl. *cap.* 20. *X.* 2, 26: „*unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*“

es mufs, beim Anfange des Besitzes, der Besitzer sich in einem factischen Irrthume befunden haben, welcher verhindert, dafs er das Eigenthum einer Sache, das er sonst sogleich erworben haben würde, nun nicht sogleich erwerben kann, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Zeit durch Usucapion. Im Allgemeinen gehört nun zwar dieser gerechte, aber auf einem gewissen Irrthume beruhende Grund des Besitzes mit zur Begründung der innern Ueberzeugung, dafs man Eigenthümer sey, ist jedoch nicht damit zu verwechseln; denn es kann Jemand aus einem gerechten Grunde und doch in bösem Glauben besitzen, wenn er z. B. eine fremde Sache wissentlich kauft, und umgekehrt kann Jemand in gutem Glauben besitzen, ohne einen gerechten Grund seines Besitzes anführen und beweisen zu können, wenn er z. B. glaubt, es sey ein gerechter Besitzgrund vorhanden gewesen, der in der That nicht vorhanden war. — Während die *bona fides* sich auf eine Bestimmung des Bewufstseyns des Erwerbers bezieht (der Usucapient glauben und überzeugt seyn mufs, die zu usucapirende Sache gehöre ihm), so liegt dem *iustus titulus* hingegen ein äusseres Factum zum Grunde, d. i. der Usucapient mufs einen solchen äussern Hergang für seinen Besitz anführen und beweisen können, der auf ihn, abgesehen von dem vorgefallenen wesentlichen Irrthum, augenblicklich das Eigenthum der befragten Sache übertragen haben würde [1]). Der vorhandene wesentliche Irrthum bezieht sich nun gewöhnlich auf die Person dessen, der vor uns besafs, indem wir glaubten dafs ein *non dominus* wirklich Eigenthümer der Sache gewesen sey. Auf den Erwerbgrund kann sich in

1) c. 24. C. 3, 32. „*Nullo iusto titulo praecedente possidentes, ratio iuris quaerere dominium prohibet. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam absumitur*", vgl. Thibaut §. 1047. (Das Verhältnifs bei der *usuc. extraordinaria* kommt erst unten im zweiten Absatze vor.)

der Regel der Irrthum nicht beziehen, wenn z. B. der Usucapient blofs geglaubt hat, dafs er die Sache gekauft habe und dieses in der That nicht der Fall ist [2]). Der Erwerber darf eine *ignoranta facti proprii* (s. §. 166.) nicht vorschützen, vielmehr gilt der Grundsatz: *Falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat.* Doch läfst sich Ausnahmsweise auch hier ein *probabilis error* denken, wenn z. B. einem Dritten der bestimmte Auftrag ertheilt ist, das erwerbende Geschäft vorzunehmen, und der Beauftragende, bei nicht geschehener Vollziehung, glaubt, dafs der Auftrag vollzogen worden sey [3]). — Natürlich kann es so viel gerechte aber irrige Gründe des Besitzes geben, afs es überhaupt Arten giebt, Eigenthum zu erwerben.

---

2) §. 11. *I.* 2, 6. „*Error autem falsae causae usucapionem non parit: veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat: vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.*“

3) Auch aus unserer eigenen Erwerbhandlung kann Ausnahmsweise ein *probabilis error* entspringen. Wenn z. B. Jemand von einem Wahnsinnigen eine Sache gekauft hat, den er für *sanae mentis* hielt und halten mufste, oder von einem Pupillen ohne Auctorität seines Tutors, aber in der Meinung, dafs er kein Pupill sey, da er selbst vorgab, es nicht zu seyn und dieses sich auch aus dem äussern Anschein ergab. In beiden Fällen ist die *emtio* zwar, wenn die Sache dem Wahnsinnigen oder Pupillen selbst gehörte, ungültig, „*quoniam furiosus nullum negotium gerere potest, pupillus nullum quo obligetur sine tutoris auctoritate*“ *Fr.* 5. *D.* 50, 17. *Fr.* 9. *pr. D.* 26, 8.; wenn aber die Sache eine fremde war, so soll durch die *emtio* ein *iustus titulus usucapionis* begründet werden. *Fr.* 2. §. 15. 16. *D.* 41, 4. Der Grund ist, weil hier blofs ein factischer Irrthum zum Grunde liegt „*Facti autem interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.*“ *Fr.* 2. *D.* 22, 6. Vergl. vorzüglich Donellus *Libr.* V. *c.* 15.

Digitized by Google

§. 156.

2) Uebersicht der einzelnen in den Quellen ausgezeichneten Usucapionstitel.

Dazu, dafs überhaupt ein *iustus titulus usucapionis* entstehe, wird entweder eine Handlung dessen vorausgesetzt, von welchem wir unsern Besitz ableiten, oder eine öffentliche Handlung des Richters und der Obrigkeit, oder gar keine Handlung, der Besitzgrund liegt vielmehr in der Sache selbst. — 1) Eine Handlung des Auctors wird vorausgesetzt: *a*) beim *titulus pro soluto*, wenn Jemand eine fremde Sache vom Schuldner als Zahlung bekommen hat [1]); *b*) beim *titulus pro emtore* [2]), wenn Jemand eine Sache von einem Nichteigenthümer wirklich gekauft, oder, was in der Wirkung einerlei ist [3]), einem Nichteigentümer die *litis aestimatio* geleistet hat [4]); *c*) beim

---

1) Vgl. *Fr.* 4. *D.* 6, 2. (In der *edit Haloandrina* wird der *titulus pro soluto* unter einer besondern Rubrik dargestellt; in andern Ausgaben, namentlich in der Florentinischen, aber dem *tit. de usucapionibus*, vgl. *Fr.* 46 – 49. *D.* 41, 3. angehängt.) — Gewöhnlich sagt man, der *titulus pro soluto* finde auch Statt, wenn Jemand aus Irrthum etwas als Zahlung für eine Schuld bekommen hat, die gar nicht vorhanden ist. Hiergegen läfst sich aber einwenden, dafs in diesem Falle das Eigenthum sofort auf den Empfänger übergeht, weil sonst der Solvent nicht blofs die *condictio indebiti*, sondern nach wie vor die *rei vindicatio* würde anstellen können (s. §. 156. n. 6.); die *cond. indebiti* kann aber erst nach Ablauf der gewöhnlichen Verjährungszeit bei Klagen ausgeschlossen werden.

2) *Dig.* XLI, 4. *Cod.* VII, 26.

3) *Fr.* 3. §. 21. *Fr.* 3. *D. h. t.* „*Litis aestimatio similis est venditioni.*“

4) Eine Singularität beim *titulus pro emtore* soll darin bestehen, dafs hier nicht blofs bei der Uebergabe, sondern auch beim Abschlufs des Contractes *bona fides* erfordert wird.

Digitized by Google

titulus pro herede vel pro possessore [5]), wenn Jemand, als ivilerbe oder als *bonorum possessor*, fremde in der Erbschaft befindliche Sachen besitzt [6]); *d*) beim *titulus pro donato* [7]), wenn eine Sache von einem Nichteigenthümer geschenkt worden ist; *e*) beim *titulus pro legato* [8]), wenn Jemand eine fremde ihm legirte Sache besitzt, oder zwar eine dem Testator eigenthümlich gehörende, die aber ohne sein Wissen in einem spätern Codicill wieder entzogen ist, oder wenn zwei Personen von gleichem Namen vorhanden sind und es ungewifs ist, welcher legirt worden ist, dennoch aber der Erbe das Legat der einen Person entrichtet hat [9]); *f*) beim *titulus pro derelicto* [10]), wenn Jemand eine vom Nichteigenthümer wirklich derelinquirte Sache besitzt, in der Meinung, dafs sie vom wahren Eigenthümer derelinquirt worden sey; nicht aber wenn er glaubt, die Sache sey derelinquirt, da sie blofs

---

Fr. 48. *D.* 41, 3. *Fr.* 2. *pr. D.* 41, 4. Indessen scheint dieses unter den alten Juristen selbst bestritten gewesen zu seyn. Vgl. *Fr.* 10. *D.* 41, 3. „*Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.*“

5) *Dig.* XLI, 5. *Cod.* VII, 29. (In einem ganz andern Sinne wird der Ausdruck *pro herede* und *pro possessione* bei der Erbschaftsklage genommen.)

6) Gesetzt dafs Jemand nicht wirklich Erbe ist, sondern blofs glaubt es zu seyn, so kann er nicht usucapiren. Donellus *Libr.* V. *c.* 15. §. 13. 18. Anderer Meinung ist Voetius in *compend. Pandectar.* XLI, 5.

7) *Dig.* XLI, 6. *Cod.* VII, 27. — Ueber das Verhältnifs bei der *donatio mortis causa* s. *Fr.* 13. *D.* 39, 6.

8) *Dig.* XLI, 8.

9) *Fr.* 4. *D.* 41, 8. vgl. *Fr.* 10. *pr. D.* 34, 5.

10) *Dig.* XLI, 7.

Digitized by Google

verloren ist; *g*) beim *titulus pro dote* [14]), aus welchem der Ehemann eine ihm als *dos* gegebene *res aliena* usucapirt [12]). — 2) Auf einer Handlung der Obrigkeit beruhen alle die Fälle, wo uns das Eigenthum einer Sache von der Obrigkeit zugesprochen ist, die zugesprochene Sache aber einem Dritten gehört (*Titulus pro adiudicato* [13]). Insonderheit: wenn bei den Theilungsklagen eine nicht im gemeinschaftlichen Eigenthume der streitenden Theile befindliche Sache vertheilt worden ist [14]), oder wenn aus einem andern Grunde, namentlich wegen nicht geleisteter Caution *de damno infecto*, das Eigenthum eines baufälligen, dem Besitzer nicht gehörenden Gebäudes übertragen worden ist. — 3) In der Sache selbst endlich liegt der gerechte Grund des Besitzes, der alsdann *titulus pro suo* [15]) genannt wird, insonderheit bei der Occupation, wenn die als herrnlos vorausgesetzte Sache in der That nicht herrnlos gewesen ist. Eben so bei der Usucapion der natürlichen Früchte, welche ein

---

11) *Dig.* XLI, 9. *Cod.* VII, 28.

12) Sollte die *dos* vor der Ehe gegeben seyn und zwar als eine *dos aestimata*, so kann der Verlobte weder *pro dote* noch aus dem allgemeinen Titel *pro suo* usucapiren, vgl. *Fr.* 2. *D. h. t.* Den Grund enthält *Fr.* 10. §. 4. *D.* 23, 3.; wenn aber die *dos inaestimato* gegeben wurde, so findet auch vor der Ehe eine Usucapion aus dem allgemeinen Titel *pro suo* Statt, die Mitgift müfste denn in der Absicht gegeben seyn, dafs sie erst nach vollzogener Ehe dem Empfänger gehören sollte. *Fr.* 1. §. 2. 3. *D. h. t.*

13) Es gilt der Grundsatz: *iuste possidet, qui auctore Praetore possidet.* Nach älterm Rechte mufste der vom Prätor und vom Judex herrührende Titel unterschieden werden; mit dem *vetus ordo iudicior. privator.* fiel aber dieser Unterschied weg.

14) *Fr.* 27. *D.* 41, 3.

15) *Dig.* XLI, 10.

Digitized by Google

guter Besitzer aus einem fremden Grundstücke gezogen hat. — In allgemeiner Bedeutung besitzt übrigens ein Jeder *pro suo*, der irgend einen speciellen Grund seines Besitzes für sich anführen kann.

§. 157.

III) *Der Usucapient muſs eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besitzen.* (s. §. 153.)

A) Der Usucapient muſs während einer gewissen Zeit besitzen.

Der Usucapient muſs bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn Jahre unter Gegenwärtigen, zwanzig unter Abwesenden besessen haben, wenn er durch fortgesetzten Besitz das Eigenthum erwerben will. Gegenwärtig (*praesentes*) sind aber diejenigen, welche in derselben Provinz mit einander leben, sollte gleich die zu usucapirende Sache in der entferntesten Provinz gelegen seyn. Abwesend hingegen sind diejenigen, welche in verschiedenen Provinzen leben, sollte gleich, wie gewöhnlich, die Sache in derselben Provinz sich befinden [1]). — Was die Berechnung dieser gesetzlich bestimmten Zeitfristen betrifft, so versteht es sich von selbst, daſs sie vollendet seyn müssen. Die Vollendung wird aber nach dem letzten Tage des letzten Jahres beurtheilt, dergestalt daſs so bald dieser letzte Tag erschienen, wenn auch noch nicht vollbracht ist, die Zeit dennoch als vollendet betrachtet werden muſs [2]). Der Grund besteht darin, weil die Zeit, wie man sagt, *civiliter*, nicht *ad momenta temporis*, d. i. nicht nach Stunden, sondern nach Tagen berechnet wird [3]). — Ein kürzerer

1) *c.* 12. *C.* 7, 33.

2) Vgl. *Fr.* 132. 134. *D.* 50, 16.

3) *Fr.* 6. *D.* 41, 3. „*In usucapionibus non a momento ad momentum* (vgl. *Fr.* 3. §. 3. *D.* 4, 4.), *sed totum postremum*

Digitized by Google

Besitz ist zur Vollendung der Usucapion nur in dem Falle hinreichend, wenn der gute Besitz des Vorgängers zu dem unsrigen gerechnet wird (*Accessio possessionis*) [4]). Da in der Regel kein Besitzer als Successor des vorigen Besitzers betrachtet werden kann, sondern stets einen vor dem vorigen unabhängigen neuen Besitz erwerben mufs (s. §. 147.); so würde strenge genommen auch jeder Usucapient selbst in eigener Person nothwendig besitzen müssen. Dennoch aber hat man der Billigkeit zufolge angenommen, dafs der Besitzer unter den gehörigen Voraussetzungen auch den Besitz seines Vorgängers mit soll in Anschlag bringen können [5]). Die Voraussetzungen hierbei sind folgende: *a*) der *successor singularis*, z. B. der Käufer einer fremden Sache, kann von dem Besitze seines Vorgängers nur alsdann Gebrauch machen, wenn er selbst besitzt [6]) und *iuste* angefangen hat zu be-

---

diem computamus." *Fr.* 15. *pr. D.* 44, 3. „*In usucapionibus ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.*" Ein Beispiel findet sich im *Fr.* 7. *D.* 41, 3: „*Ideoque qui hora sexta diei Kalendar. Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Januarias implet usucapionem.*" Anders verhält sich die Sache bei der Verjährung persönlicher Klagen, weil diese *intra certum tempus* ausgeübt werden sollen. *Fr.* 6. *D.* 44, 7. Vgl. *Fr.* 133. *D.* 50, 16.

4) *T. T. Dig.* XLIV, 3.

5) *Fr.* 14. *pr. D.* 44, 3. „*De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate. Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate: heredibus enim, et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris.*"

6) *Fr.* 13. §. 7. *D.* 41, 2. vgl. *Fr.* 15. §. 4. *D.* 43, 26.

7) Hierauf bezieht sich die bekannte Regel: *Nihil interest, utrum quis non possideat, an possideat vitiose s. mala fide.* —

Digitized by Google

sitzen [7]), und wenn der Vorgänger *iuste* besessen [8]) und den Besitz aus einer *iusta causa dominium translativa* übertragen hat; *b*) der *successor universalis* hingegen kann jederzeit, d. i. auch wenn er gar nicht selbst besessen [9]), oder den Besitz in bösem Glauben begonnen haben sollte [10]), von der *possessio iusta* seines Erblassers Gebrauch machen, vorausgesetzt dafs die Sache in der Zwischenzeit nicht von einem Andern besessen worden ist [11]); umgekehrt aber mufs auch dem Erben die *vitiosa possessio* seines Erblassers allgemein schaden, sollte der Erbe sich auch in gutem Glauben befinden und auf die *accessio possessionis* des Erblassers keinen Anspruch machen wollen [12]).

§. 158.

B) Der Besitz des Usucapienten darf nicht unterbrochen seyn.

So oft der Besitz in irgend einem Momente aufgehört hat, fällt auch die Usucapion weg. Die Unterbrechung

---

Fr. 13. §. 13. *D.* 41, 2. „*Vitiosa possessio ei quae vitiosa non est, non potest accedere.*“

8) *Fr.* 13. §. 1. *D.* 41, 2. „*Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa, suisque vitiis.*“ *Fr.* 13. §. 13. *D. eod.* „*Vitiosae possessioni nulla potest accedere.*“ — Es versteht sich jedoch von selbst, dafs wenn der *successor singularis* sich auf seinen eigenen Besitz gründen will, ohne von dem seines Vorgängers Gebrauch zu machen, ihm der fehlerhafte Besitz des Letzteren nie schaden kann, sondern nur das *vitium* in der Sache selbst: *Vitiosa auctoris possessio neque nocere, neque prodesse potest.*

9) *Fr* 31. §. 5. *Fr.* 44. §. 3. *D.* 41, 3.

10) *Fr.* 43. *pr. D. eod. Fr.* 2. §. 19. *D.* 41, 4. §. 12. *I.* 2, 6.

11) *Fr.* 20. *D.* 41, 3.

12) *Fr.* 11. *D.* 44, 3. „*Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit.*“ *Fr.* 4. §. 15. *D.* 41, 3. *c.* 11. *C.* 7, 32.

Digitized by Google

des Besitzes heifst *Usurpatio*, und ist entweder eine natürliche, oder bürgerliche; jene findet Statt, so oft wir den Besitz wirklich, entweder mit, oder ohne unsern Willen, verloren haben; diese aber tritt ein, sobald eine Litiscontestation mit dem Gegner vorgefallen ist, auch wenn sonst der Besitz als fortdauernd angenommen werden müfste. Eine besondere Wirkung der Litiscontestation besteht nemlich darin, dafs die Sache, nach geendigtem Processe, in derselben Lage restituirt werden mufs, worin sie sich zur Zeit der Eröffnung desselben befand [1]). Bei der bürgerlichen Unterbrechung giebt es jedoch Fälle, in welchen, der erfolgten Litiscontestation ungeachtet, der Besitz als fortdauernd angenommen werden mufs, insonderheit wenn der in Anspruch genommene Besitzer absolvirt worden ist und wenn der klagende stärkere Besitzer (welcher z. B. *ab eodem non domino* früher die Sache erhalten hat), vom Beklagten mit der *litis aestimatio* abgefunden worden ist [2]).

---

1) *c.* 10. *C.* 7, 42. *c.* 2. 11. *C.* 7, 35. Es gilt der Grundsatz: *impleta inter moras iudicii usucapio effectu iuris nemini prodest.* (Der Ausdruck *usurpatio civilis* kommt zwar nicht in den Gesetzen vor, ist aber doch als passend beizubehalten.)

2) Der nach vollendeter Usucapion auftretende vormalige Eigenthümer kann sich nicht auf die früher von einem Andern geschehene Unterbrechung berufen, denn theils ist, eben wegen der geleisteten *litis aestimatio* der Besitz nicht unterbrochen worden, und theils ist die im vorigen Procefs erfolgte Litiscontestation für ihn eine *res inter alios acta*, zu geschweigen dafs, nach vollendeter Usucapion, auch nicht mehr *eadem quaestio* vorhanden ist. *T. T. C.* VII, 60. vgl. *Fr.* 3. 12. 13. 14. *pr. D.* 44, 2.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Von der ausserordentlichen Usucapion (*Usucapio extraordinaria*).

§. 159.

Die ausserordentliche Usucapion ist überhaupt als ein Surrogat der bisher dargestellten ordentlichen Usucapion zu betrachten. So oft nemlich der Besitzer sich zwar in gutem Glauben befindet, welches nach dem Obigen (§. 154.) vermuthet werden mufs, aber keinen gerechten Titel zu beweisen im Stande ist, oder so oft aus gewissen andern, objectiven Gründen die ordentliche Usucapion nicht eintreten kann: soll der Erwerb des Eigenthumes durch fortgesetzten Besitz erst nach dem Ablauf einer längern Zeit Statt finden. Gewöhnlich wird nemlich eine Zeit von 30 Jahren erfordert [1]), und bisweilen sogar eine Zeit von 40 und 100 Jahren. In 40 Jahren sollen usucapirt werden: alle Staats- und Privatgüter des Regenten, Sachen der Pupillen [2]), unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, endlich Sachen worüber ein petitorischer Proceſs angefangen, aber liegen geblieben ist, wenn der Beklagte sie gegen den Kläger nach der letzten gerichtlichen Handlung usucapiren will [3]). In 100 Jahren

1) Ueber die Sachen, welche dieser ausserordentlichen 30jährigen Usucapion unterworfen sind, vgl. Kori Theorie der Verjährung §. 71.

2) Will der Besitzer die Zeit der Impubertät abrechnen und also gegen sie als Minderjährige usucapiren, so ist schon der Ablauf von 30 J hinreichend. Mehrere Rechtsgelehrte läugnen die Usucapion der *res pupillorum* gänzlich, aber ohne Grund.

3) Vgl. überhaupt über die einzelnen Fälle der 40jährigen Usucapion Kori a. a. O. §. 72. — Ueber die Frage, wie es zu halten sey, wenn in der Zwischenzeit eine aus Begünstigung des Eigenthümers der ausserordentlichen Usucapion

Digitized by Google

soll hingegen bei allen Sachen der römischen Kirche die Usucapion erst vollendet werden [4]). — Von der so genannten unvordenklichen Verjährung finden sich im römischen Rechte nur einzelne Spuren [5]).

Fünftes Capitel.

Von einigen sonstigen Erwerbarten des Eigenthumes.

§. 160.

1) *Erwerbarten die auf einer öffentlichen Handlung des Regenten, der Obrigkeit oder des Fiscus beruhen.*

Donellus *libr.* V. *cap.* 8.

Ausser den bisher dargestellten vier Haupterwerbarten des Eigenthumes: Occupation, Accession, Tradition und Usucapion, giebt es noch mehrere andere Erwerbarten, von denen die vorzüglichsten hier gleichsam als *variae causarum figurae* nachgetragen werden sollen. 1) Durch die *auctoritas principis* wird namentlich das Eigenthum in dem Falle erworben, wenn der Pfandgläubiger genöthigt ist, sich das Eigenthum der ihm ver-

---

unterworfenen Sache, an eine nicht begünstigte Person gekommen ist, oder umgekehrt eine durch ordentliche Usucapion zu erwerbende Sache an eine begünstigte Person? s. Kaufmann's Anfangsgr. zweite Abth. S. 81.

4) Vgl. Kori a. a. O. §. 73.

5) Vgl. z. B. *Fr* 3. §. 4 *D.* 43, 20. *Fr.* 2. *pr.* §. 8. *Fr.* 23. §. 2. *Fr.* 26. *D.* 39, 3. *Fr.* 28. *D.* 22, 3.

Digitized by Google

pfändeten Sache zusprechen zu lassen [1]). 2) Durch die *auctoritas magistratus* wird der Erwerb begründet: sowohl wenn es der Vortheil des künftigen Eigenthümers nöthig macht, insonderheit bei erbschaftlichen Sachen, die aus dringenden Gründen schnell verkauft werden müssen, während der Erbe noch deliberirt, oder während über die Erbschaft selbst Streit entstanden ist [2]); als auch zur Rechtshülfe (*iurisdictionis exequendae causa*) bei eingetretener Insolvenz eines Schuldners, oder bei der *immissio ex secundo decreto damni infecti causa* [3]), oder endlich bei den Theilungsklagen, wobei, unter der Voraussetzung dafs der zu theilende Gegenstand wirklich gemeinschaftlich war, durch die blosse Adjudication auch sofort das ausschliessende Eigenthum der einzelnen zuerkannten Theile übergeht. 3) Durch die *auctoritas fisci* endlich, wenn dieser das Eigenthum fremder Sachen überträgt. Der Fiscus soll nemlich das Vorzugsrecht haben, auch

1) *T. T. C.* VIII, 34. (*de iure dominii impetrando.*) Darüber wird das Weitere unten im Pfandrechte vorkommen.

2) *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 7. *D.* 28, 8.

3) *Fr.* 7. *pr.* *Fr.* 15. §. 16. 17. *D.* 39, 2. *Fr.* 3. §. 23. *D.* 41, 2. (Im *Fr.* 15. §. 17. *D.* 39, 2. wird der *missus in possessionem ex secundo decreto* sogleich als Eigenthümer vorausgesetzt, dagegen soll er nach *Fr.* 15. §. 16. *eod.* u. *Fr.* 3. §. 23. *D.* 41, 2. das Eigenthum erst *per longum tempus et longam possessionem* erwerben. Dieser scheinbare Widerspruch läfst sich entweder dadurch heben, dafs man annimmt, der gegen welchen die *immissio* erfolgte, sey nicht wirklicher Eigenthümer gewesen, oder, zufolge des *Fr.* 3. §. 23. *cit.*, dadurch, dafs man das *longum tempus* auf die Zeit beziehet, in welcher man vor dem zweiten Decrete im Besitze gewesen seyn mufs. Der Ausdruck *longa possessio* wird alsdann abusiv für blosse Detention genommen, da der *missus in possessionem ex primo decreto* nur einen natürlichen Besitz erhält. Vgl. Donellus V, 3. §. 8.

Digitized by Google

auch an fremden Sachen sofort Eigenthum zu übertragen und dem vorigen Eigenthümer derselben blofs gestattet seyn, binnen vier Jahren seinen Regrefs gegen den Fiscus zu nehmen [4]).

§. 161.

II) *Erwerbarten die auf gar keiner Handlung beruhen, sondern* ipso iure *geschehen.*

Donellus *Libr.* V. *cap.* 2.

Ohne alle Handlung, *ipso iure*, wird das Eigenthum in folgenden Fällen erworben: 1) wenn etwas legirt worden ist; aus Begünstigung des letzten Willens, ist nemlich verordnet, dafs das Eigenthum der legirten Sache, unter den gehörigen im Erbrechte vorkommenden Bestimmungen, geradezu und ohne Uebergabe auf den Legatar übergehen und nicht zuvor als Eigenthum des Erben betrachtet werden soll [1]); 2) wenn dem Staat, der Kirche und gewissen *piis corporibus* [2]) etwas verkauft, geschenkt oder versprochen ist, so soll dadurch nicht blofs eine *actio in personam*, sondern sofort eine *actio in rem* (*rei vindicatio*) begründet werden, wenn auch die Uebergabe der Sache noch nicht erfolgt ist [3]); 3) wenn dem

4) §. 14. *I.* 2, 6. *c.* 2. 3. *C.* 7, 37. Justinian hat dieses auch auf die *res a domo imperatoris vel Augustae alienatas* ausgedehnt. Die widerstreitenden Stellen der Pandekten (vgl. z. B. *Fr.* 13. §. 9. *D.* 5, 3. *Fr.* 5. *D* 49, 14.) sind demnach für antiquirt zu halten, sie lassen sich aber auch auf andere Art erklären. Donellus V, 3. §. 13.

1) *Fr.* 64. *in f. D.* 47, 2. „— *ea quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.*“ *Fr.* 80. *D.* 31. *Fr.* 44. §. 1. *D.* 30.

2) Dahin gehören vorzüglich die *Orphanotrophia*, *Ptochotrophia*, *Xenodochia*, *Brephotrophia*, *Gerontocomia* u. s. w.

3) *c.* 23. *C.* 1, 2.

Digitized by Google

Besitzer einer fremden Sache dieselbe vom Eigenthümer gewaltsam weggenommen wird; hier soll der Letztere, zur Strafe seiner unerlaubten Selbsthülfe, das Eigenthum verlieren und dasselbe sofort auf den bisherigen Besitzer übertragen werden [4]); 4) wenn zwei s. g. *socii liberalitatis imperialis* vorhanden sind und Einer von diesen ohne Erben stirbt, so soll dessen Theil *ipso iure* auf den Andern fallen [5]); 5) endlich wenn bisweilen [6]) Sachen mit unserm Gelde von einem Dritten gekauft und diesem Dritten, nicht uns, übergeben sind, so sollen sie doch, ohne unser Zuthun, uns eigenthümlich erworben werden, blofs weil sie mit unserm Gelde gekauft sind [7]). Dieses Vorrecht wird aus persönlicher Begünstigung dem Pupillen eingeräumt, wenn sein Tutor mit pupillarischem Gelde eine Sache gekauft hat [8]). Eine äusserst bestrittene Frage

4) *c.* 7. *C.* 8, 4. vgl. mein R. d. Forderungen S. 507.

5) Die nähere Bestimmung dieses Falles wird im Erbrechte, bei der Succession des Fiscus vorkommen.

6) In der Regel kommt bekanntlich bei einzelnen Sachen der Grundsatz: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* nicht zur Anwendung. Vgl. *c.* 1. *C.* 4, 50. *c.* 6. *C.* 3, 32. (s. oben §. 40. Note 2.)

7) Die Gesetze sagen, dafs hier eine *utilis actio ad rem vindicandam* gestattet werde, der Ausdruck *actio utilis* (vgl. §. 50.) ändert aber die Wirkung keineswegs. s. *Fr.* 47. §. 1. *D.* 3, 5.

8) *Fr.* 2. *D.* 26, 9. *c.* 5. *C.* 5, 51. (Hat ein Anderer, als der Tutor selbst, den Kauf mit pupillarischem Gelde vorgenommen, so erwirbt der Pupill blofs ein specielles gesetzliches Pfandrecht an der mit seinem Gelde erkauften Sache.) Dieses Vorrecht des Pupillen ist auch auf den Mindenjährigen ausgedehnt worden. Vgl. *Fr.* 52. *v. plane D.* 15, 1. *Fr.* 8. §. 1. *D.* 27, 9. Ja es soll sogar bei der *respublica, civitas* und *ecclesia* Statt finden, wenn eine Sache vom Syndicus oder Kirchenadministrator mit ihrem Gelde gekauft ist, „*quia minorum iure utuntur.*“ Donellus V, 2. §. 25.

Digitized by Google

aber ist es, ob auch die Frau die vom Manne mit ihrem Dotalgelde angeschafften Sachen, nach getrennter Ehe als Eigenthum in Anspruch nehmen könne [9]). Einige Rechtsgelehrte wollen der Frau dieses Vorrecht gänzlich absprechen [10]), andere es ihr unbedingt gestatten [11]), und noch andere endlich es nur unter gewissen Voraussetzungen gelten lassen, namentlich wenn die befragte Sache mit

---

9) Die Gesetze, auf deren richtige Anwendung und Erklärung hier Alles ankommt, sind folgende; *Fr.* 54. *D.* 23, 3.: „*Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.*“ *c.* 12. *C.* 5, 12. „*Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit.*“

10) Diese Meinung beruhet aber wieder auf verschiedenen Gründen. Einige wollen den gesetzlichen Widerspruch dadurch heben, dafs sie die Stelle im Codex, als die jüngere Verordnung vorziehen: Heineccius *Elem. iur. civ. sec. ordin. Dig.* VI, 1. §. 83. Westenberg *Principia iur. secund. ord. Digestor.* VI, 1. §. 13. Gebr. Overbeck Meditationen üb. verschiedene Rechtsmaterien Bd. 6. *nr.* 320. S. 50. Thibaut System des Pandectenrechts §. 453. a. E. Meissner Darst. der Lehre vom stillschw. Pfandrechte Th. 2. §. 200. Vergleiche aber dagegen die richtige und wahre Bemerkung von Glück im Pandectencommentar Th. 8. §. 585. S. 170. Andere hingegen wollen die Worte *dotales esse videntur* blofs uneigentlich verstanden wissen. J. H. Böhmer in *introd. in ius Digestor.* VI, 1. §. 5. Jo. Voetius in *comp. iur. iuxta seriem Pandectar.* VI, 1. §. 3. *in f.* vielleicht auch Corn. van Eck in *princ. iur. civ.* VI, 1. §. 9.

11) Die Vertheidiger dieser Meinung wollen die *c.* 12. *C. cit.* auf den bekannten Grundsatz beziehen, dass die *dos*, mithin auch das mit dem Dotalgelde erworbene Grundstück, sich *durante matrimonio* im bürgerlichen Eigenthume des Mannes befinde, daher ausdrücklich bemerkt werde, dafs der Frau blofs die, erst *soluto matrimonio* Statt findende, *dotis actio* zustehen könne. Hugo Donellus in *Comment.* V, 2. Cocceji *ius civ. controv.* XXIII, 3. *qu.* 3.

Digitized by Google

dem Willen und zum Nutzen der Frau für ihr Dotalgeld angeschafft worden ist [12]), und wenn die Frau aus dem insolventen Vermögen des Mannes die eingebrachten Dotalgelder nicht zurück erhalten kann [13]). Beide Voraussetzungen lassen sich füglich mit einander verbinden [14]) und der Satz: *res pecunia dotali emta, dotalis esse videtur*, kann daher nicht in jedem Falle zur Anwendung kommen.

---

12) Accursius *ad Fragm.* 54. *Dig. citat.* Fr. Duarenus *in Opp.* (*Fcf.* 1529. *f.*) *p.* 280. Ant. Faber *in Conjectur. lib.* V. *c.* 9. Malblanc *princip. iur. Rom. P.* II. §. 401. Auch Thibaut a. a. O. läßt nach Anleitung des *Fr.* 26. 27. *D.* 23, 3. diese Ausnahme zu.

13) Diese Meinung hat zuerst der *Scholiastes* Βασιλικῶν *Libr. XXIX. Tit.* 1. (*ex ed.* Fabrot. *T.* IV. *p.* 596. *sq.*) aufgestellt und sie ist von sehr vielen Rechtsgelehrten vertheidigt worden; vgl. Cujacius in *Observ.* V, 29. Noodt *Comment.* XXIII, 3. *p.* 502. Pothier *in Pand. T.* II. *libr.* XXIV. *tit.* 3. Huber *praelect.* VI, 1. §. 6. Wissenbach *Comm. in Cod. ad c.* 12. *cit.* Leyser *Meditatt. sp.* 304. *nr.* 5. Weber Erläut. d. Pand. Th. 1. S. 289. u. m. A.

14) Fr. Wilh. Romanus *Pr. de quaest. iuris dubia: utrum res pecunia dotali emtae fiant dotales? Lps.* 1757. Hofacker *princ. T.* I. §. 445. Note *c.* Schweppe röm. Privatrecht §. 629.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von den Wirkungen des gehörig erworbenen Eigenthumes.

Erster Abschnitt.

Von den Wirkungen überhaupt.

Donellus *Libr.* IX. *c.* 8. 9.

§. 162.

In dem auf die gehörige Art und Weise erworbenen Eigenthume sind sowohl s. g. Nutzungs- als Proprietätsrechte enthalten. Die letzteren lassen sich auf das dem Eigenthümer zustehende Recht der Veräusserung und der willkührlichen Verfügung über die Substanz der Sache zurückführen; doch kann aus Gründen des öffentlichen Wohles eine Beschränkung und Aufhebung beider Befugnisse eintreten [1]). Zu den ersteren gehört: 1) das Recht, die eigenthümliche Sache zu besitzen und den Besitz rechtlich zu behaupten; 2) das Recht, die Sache in ihrem unverletzten Zustande zu erhalten und zu schützen; 3) das Recht die Sache zu benutzen selbst Die beiden ersten Befugnisse sind gleichsam die nothwendigen Bedingungen der letzteren, denn ohne dafs man die Sache inne

1) Das in dieser Hinsicht der Staatsgewalt zustehende Recht wird h. z. T. gewöhnlich unter dem Namen *ius* (nicht *dominium*) *eminens*, Machtvollkommenheit des Staates, begriffen. Davon abgesehen, gilt der in d. c. 11. *C.* 4, 38. enthaltene Grundsatz: „*Invitum comparare, vel distrahere postulantis desiderium, iustam causam non continet.*“ Doch giebt es auch hier gesetzliche Ausnahmen. Vgl. z. B. *Fr.* 12. *D.* 11, 7. *Fr.* 14. §. 1. *D.* 8, 6.

Digitized by Google

hat und besitzt und ohne dafs man befugt ist, die Sache in ihrem unverletzten Zustande zu erhalten und zu schützen, läfst sich der Gebrauch und die Benutzung derselben gar nicht denken.

§. 163.

1) Von dem Rechte, die eigenthümliche Sache zu besitzen und den Besitz rechtlich zu behaupten.

Vor allen Dingen hat der Eigenthümer das Recht die eigenthümliche Sache zu besitzen (*jus possidendi*, s. §. 147.) und den Besitz rechtlich zu behaupten. Jeder Eigenthümer kann daher, wenn er in seinem Besitze gestört wird, nicht nur durch Gewalt denselben schützen und jeden Angriff abwehren [1]), sondern auch auf dem Wege eines wider ihn erhobenen Rechtsstreites eine rechtlich begründete Einrede seines Eigenthumes gebrauchen und vorschützen [2]). Wenn hingegen der Eigenthümer seinen Besitz gänzlich verloren hat, so wird zwar bisweilen, wiewohl nur interimistisch, der gegenwärtige Besitzer vorgezogen [3]), der Eigenthümer kann aber durch die angestellte *rei vindicatio*, von der unten (§. 166. fg.) ausführlich gehandelt werden soll, den verlornen Besitz wieder erlangen. Häufig concurriren auch mit dieser dinglichen Klage persönliche Rechtsmittel, namentlich das *In-*

1) Es gilt der im *Fr.* 4. und 45. §. 4. *D.* 9, 2. aufgestellte Grundsatz: „*Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*“ oder „*vim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt.*“ Vgl. *Fr.* 3. *D.* 1, 1. *Fr.* 1. §. 27. *D.* 43, 16. *c.* 1. *C.* 8, 4. „*Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione, illatam vim propulsare licet.*“

2) *Fr.* 16. 17. *D.* 6, 2. (Ist das Eigenthum des Beklagten liquid, so wird die Klage seines Gegners gar nicht einmal angenommen.)

3) §. 4. *I.* 4, 23.

Digitized by Google

terdictum unde vi, wenn der Eigenthümer gewaltsam aus dem Besitze seines Grundstückes dejicirt ist und die *condictio furtiva*, wenn ihm eine bewegliche Sache gestohlen worden, u. s. w.

§. 164.

1) Von dem Rechte, die Sache in ihrem unverletzten Zustande zu erhalten und zu schützen.

So oft das Eigenthum beschädigt oder verletzt wird, sind dem Eigenthümer wieder mehrere Klagen gestattet, die verschieden sind, je nachdem der Schade von Menschen, oder von unvernünftigen Thieren, oder von leblosen Dingen herrührt. Der von Menschen herrührende Schade kann erfolgen: entweder durch Corruption eines Sclaven (*actio de servo corrupto*) [1]), oder durch sonstige Beschädigung unserer Sachen (*actio de damno iniuria dato ex L. Aquilia*). Wenn der Schade von Thieren herrührt, so kann auf Entschädigung oder Uebergabe des schädlichen Thieres (*noxae deditio*) geklagt werden. (*Actio ex LL. XII Tabb. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*) Wenn endlich leblose Sachen die Ursache des Schadens sind, so kann entweder ein Herunterfallen, Ausschütten oder Auswerfen denselben bewirken, oder es sind baufällige Gebäude, welche Schaden befürchten lassen, oder der Schade rührt endlich von einem uns nachtheiligen Werke her. In dem ersten Falle kann entweder die Sache schon wirklich heruntergefallen, ausgeworfen oder ausgeschüttet seyn (*Actio de effusis vel deiectis*), oder das Herunterfallen u. s. w. ist noch nicht wirklich eingetreten, aber doch zu befürchten (*Actio de periculose suspensis*). In dem andern Falle kann sich der Eigenthümer auf den Fall, dafs insonderheit das Ge-

1) *T. T. D. XI*, 3. — Ueber die analoge Anwendung dieser Klage s. Hofacker §. 4054.

bäude des Nachbarn wirklich Schaden anrichten sollte, im Voraus eine Entschädigung stipuliren lassen (*Actio de damno infecto*) [2]). In dem letzten Falle endlich — wenn Jemand irgend etwas auf unserm, oder zwar auf seinem eigenen Grund und Boden, aber zu unserm Nachtheile vornimmt — ist das uns schädliche Werk entweder noch nicht vollendet, oder es ist vollendet; in jenem Falle kann die Vollendung gehindert (*novi operis nunciatio*) [3]), in diesem aber, wenn die Vollendung heimlich oder gewaltsam geschah, Restitution verlangt werden. (*Interdictum quod vi aut clam*) [4]).

§. 165.

3) Von dem eigentlichen Rechte die Sache zu gebrauchen und zu benutzen.

So oft der Eigenthümer auf irgend eine Art in dem Gebrauche oder der Benutzung seiner Sache gestört wird, sind ihm wieder mehrere Rechtsmittel gestattet, das bereitete Hinderniſs zu heben. Abgesehen von der auch hier

---

2) Ueber die *Actio legis Aquiliae*, *si quadrupes pauperiem etc.*, *de effusis vel deiectis* und *de damno infecto* werden im Rechte der Forderungen die nöthigen Grundsätze vorkommen, eben so über die *actio communi dividundo*, *finium regundorum* und *actio ad exhibendum*.

3) *T. T. D.* XXXIX, 1. XLIII, 25. *C.* VIII, 11. Ueber die dabei eintretenden Grundsätze vgl. Thibaut §. 321—325. überhaupt Ferdin. Kaemmerer *de operis novi nunciatione. Heidelb.* 1807. 8.

4) *T. T. D.* XLIII, 24 vgl. Thibaut §. 320. Wenn insonderheit Jemand ein solches *Opus* hat errichten lassen, welches verursacht, daſs das vom benachbarten Grundstück herablaufende Regenwasser schadet, so findet, auch ehe das Wasser noch Schaden angerichtet hat, eine besondere Klage *de aqua pluvia arcenda* Statt, deren Zweck auf Entschädigung und Restitution gerichtet ist. *T. T. D.* XXXIX, 3.

Digitized by Google

erlaubten Privatgewalt und von der *actio iniuriarum* im weitern Sinne, steht ihm insonderheit die unten bei den Servituten vorkommende *actio negatoria* zu, so wie die *Interdicta retinendae possessionis: uti possidetis* und *utrubi*, welche im Rechte der Forderungen näher darzustellen sind. Ausserdem sind noch auf den Schutz des Eigenthumes und dessen Benutzung das *Interdictum de glande legendae* [1] und *de arboribus caedendis* [2] berechnet.

Zweiter Abschnitt.

Von der *Rei vindicatio* insonderheit.

Dig. VI, 1. *Cod.* III, 32.
Donellus *Libr.* XX. *c.* 1—7.

§. 166.

I) *Wem wird die* Rei vindicatio *gegeben?*

Rei vindicatio ist die dingliche Klage, womit wir die Herausgabe einer uns eigenthümlich gehörigen Sache, mit Allem was zu ihr hinzutritt (*cum omni causa*) von jedem Besitzer derselben verlangen. — Die Klage steht nur allein dem Eigenthümer zu, welcher auf die gehörige

1) *T. T. Dig.* XLIII, 28. („*Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat: vim fieri veto.*)

2) *T. T. Dig.* XLIII, 27. Vergl. vorzüglich Paul. Chph. Glob. Andreae *Comm. exegetica ad tit. D. de arborib. caedendis. Ienae* 1818.

Digitized by Google

Weise das Eigenthum der befragten Sache erworben und nicht wieder verloren hat, oder dem der rechtlich als Eigenthümer in Betracht kommt [1]). Das Eigenthum mufs indessen zur Zeit der angestellten Klage auch wirklich ausgeübt werden können, daher in der Regel eine Ehefrau während der Ehe die von dem Manne veräusserten Dotalsachen nicht vindiciren kann [2]). — Im Collisionsfalle geht derjenige vor, welcher die Sache früher an sich brachte [3]), und wenn der Kläger, während des Processes, das Eigenthum verliert, so mufs er natürlich die Klage fallen lassen [4]). Uebrigens kommt es auf die Be-

1) *Fr.* 23. *D.* 6, 1. *c.* 1. *C.* 6, 60. *c.* 16. *C.* 5, 71.

2) *Fr.* 42. *D.* 41, 3. vgl. jedoch *c.* 29. *C.* 5, 12. — Auch Familiensöhne können, so lange sie unter väterlicher Gewalt stehen, die von ihren Adventitien veräusserten Sachen nicht vindiciren. *c.* 1. §. 2. *C.* 8, 40.

3) *Fr.* 72. *D.* 6, 1. „*Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem alii vendiderit et tradiderit: aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret, et tu peteres: adversus exceptionem, dominii replicatione utereris.*“ *c.* 15. *C.* 3, 32.

4) Sollte der Kläger erst nach angestellter Klage das Eigenthum wirklich erwerben, so ist es nach röm. R. bestritten, ob die vorige Klage weiter fortgesetzt werden könne, oder ob nunmehr eine neue Klage angestellt werden müfse? das Letztere scheint jedoch am richtigsten zu seyn. vgl. *Fr.* 23. *D.* 5, 1. „*Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.*“ *Fr.* 11. §. 4. 5. *D.* 44, 2. Voet *in Comm.* VI, 1. §. 4. Averanii *Interpr. Libr.* X. *c.* 23. (Nach canonischem R. *c.* 3. *in 6to X.* 2, 14. braucht blofs dann eine neue Klage angestellt zu werden, wenn die vorige Klage das Eigenthum aus einer *causa specialis expressa* verfolgt.) Vergl. Cocceji *ius civ. controv.* VI, 1. *qu.* 2.

Digitized by Google

schaffenheit des Eigenthumes (z. B. ob es widerruflich oder unwiderruflich ist) so wenig an, als auf den Grund, aus welchem der Gegner besitzt, sollte dieser Grund auch noch so gerecht seyn und der Beklagte die Sache mit seinem Gelde gekauft haben [5]). — Läugnet der Beklagte das Eigenthum entweder schlechthin, oder durch die Behauptung: dafs ihm selbst das Eigenthum zustehe, so mufs der Kläger den Beweis des von ihm in Anspruch genommenen Eigenthumes übernehmen [6]). Dieser Beweis ist aber verschieden, je nachdem der Kläger behauptet, das Eigenthum sey von ihm durch eine einseitige Handlung erworben, oder es sey von einem Andern auf ihn übertragen worden. In jenem Falle braucht blofs die Existenz des behaupteten einseitigen Erwerbgrundes, namentlich der Occupation, bewiesen zu werden; in diesem hingegen mufs dargethan werden, nicht nur dafs die Sache durch ein rechtsgültiges Geschäft auf den Kläger gekommen sey, sondern auch, dafs der Auctor sie durch ein solches erhalten habe [7]).

---

5) In der Regel ist daher der Beklagte nicht berechtigt den für die Sache gegebenen Preis vom Kläger erstattet zu verlangen; (*c.* 23. *C.* 3, 32. *c.* 2. *C.* 6, 2.) ausgenommen wenn der Preis zum offenbaren Nutzen des Klägers verwendet wurde, insonderheit wenn der Beklagte absichtlich die Sache zum Besten des Klägers an sich brachte, oder sie sonst gewifs auf immer für den Kläger würde verloren gegangen seyn. *c.* 16. *C.* 5, 71. *arg. c.* 11. *C.* 2, 19.

6) Da der Beweis des Eigenthumes oft sehr schwer zu führen ist — schon die alten Glossatoren nannten ihn eine *probatio diabolica* — so thut der Kläger häufig besser, wenn er sich der *Publiciana in rem actio*, oder einer persönlichen Klage, z. B. *condictio furtiva*, oder eines possessorischen Interdictes bedient. Vgl. *Fr.* 24. *D.* 6, 1.

7) *Fr.* 20. *D.* 41, 1. „*Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si*

§. 167.

II) *Gegen wen wird die Klage angestellt?*

Die Eigenthumsklage wird überhaupt angestellt gegen den Besitzer der befragten Sache, sowohl gegen den wirklichen (einerlei natürlichen oder juristischen) Besitzer und dessen Stellvertreter [1]), als auch gegen den, welcher blofs als Besitzer betrachtet wird, d. h. sich entweder in den Procefs eingelassen hat, da er nicht besafs [2]), oder betrügerischer Weise aufgehört hat zu besitzen [3]). Die Klage geht aber nur gegen den Besitzer, als solchen [4]), und

---

igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert." Eine Ausnahme macht hier nach dem Obigen (§. 160.) der Fiscus. — Bei dem Beweise sind übrigens alle Beweismittel, auch die Eidesdelation, zulässig. *Fr.* 34. *D.* 12, 1. *c.* 4. *C.* 4, 19.

1) *Fr.* 25. *D.* 44, 7. *Fr.* 9. 36. *D.* 6, 1. — Der, welcher blofs in fremdem Namen besitzt, wird entweder durch Nennung seines Auctors frei, oder es mufs ihm, auf Verlangen, Zeit gelassen werden, innerhalb welcher er seinem Auctor Nachricht geben kann, dafs über die befr. Sache Streit erhoben sey (*litis denunciatio*). *Fr.* 9. *D.* 6, 1. *c.* 2. *C.* 3, 19.

2) *Fr.* 7. 25. 26. 27. *D.* 6, 1.

3) Es kommt hierbei auf den Unterschied an, ob der betrügliche Besitzer sich vor oder nach der Litiscontestation des Besitzes begeben hat. *Fr.* 27. §. 3. *Fr.* 68. *D.* 6, 1. (Gegen den guten Besitzer, der vor Anstellung der Klage die Sache veräussert hat, findet immer nur eine Klage *in quantum locupletior factus est*, Statt. *Fr.* 18. *D.* 4, 2. *c.* 6. *C.* 4, 50.)

4) Wenn daher der Beklagte im Laufe des Processes ohne seine Schuld den Besitz verliert, so fällt auch die Klage wider ihn weg. *Fr.* 36. §. 1. *Fr.* 69. *D.* 6, 1. Sonst aber ist es einerlei, ob der Beklagte schon bei der Einlassung besafs, oder von da an bis zum Urtheile den Besitz erwarb. *Fr.* 27. §. 1. *D. eod.*

Digitized by Google

gegen die Erben gleichfalls nur in so fern sie wirklich besitzen, oder durch den Besitz ihres Erblassers reicher geworden sind [5]). Sollte der Besitzer läugnen, dafs er besitze, und dieses sich nachher doch finden, so wird ihm zur Strafe der Besitz entzogen [6]).

§. 168.

III) *Ueber welchen Gegenstand findet die Klage Statt?*

Der Gegenstand der Klage ist leicht zu bestimmen: jede Sache kann damit eingeklagt werden, die sich überhaupt in unserm rechtlich wirksamen Eigenthume befindet [1]), einerlei es mag eine bewegliche oder unbewegliche, eine einzelne Sache oder eine Mehrheit von Sachen (*universitas rerum* s. §. 40.) seyn [2]). Auch kommt es nicht darauf an, ob die ganze Sache oder nur ein Theil derselben vindicirt wird; selbst ein ungewisser Theil kann Object der Klage seyn, wenn der Kläger eine zu entschul-

---

5) Das röm. R. unterscheidet: ob entweder der Erblasser vor erhobener Klage oder wenigstens vor erfolgter Litiscontestation aufgehört hat zu besitzen, und zwar ohne (*Fr.* 36. *D.* 6, 1.) oder mit Gefährde (*Fr.* 12. *D. Fr.* 52. *D. eod.*); oder nach erfolgter Litiscontestation. (*Fr.* 42. *D. eod. c. un. C.* 4, 17.). — In der Praxis richtet man sich wegen des *ex delicto defuncti* zu leistenden Schadensersatzes nach den Grundsätzen des canonischen Rechts. Vgl. *c.* 5. X, 5, 17.

6) *Fr.* 11. §. 4. *D.* 11, 1. *Fr.* 80. *D.* 6, 1.

1) Vgl. *Fr.* 73. *D.* 21, 2. *c.* 12. *C.* 3, 32.

2) Die gewöhnliche collective Bezeichnung ist jedoch nur dann hinreichend, wenn von mehrern cohärirenden Theilen, oder von mehrern gleichartigen einzelnen Sachen die Rede ist. *Fr.* 1. §. 1—3. *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 6. 56. *D.* 6, 1.

Digitized by Google

digende Unwissenheit defshalb vorschützen kann [3]). Sonst aber mufs die zu vindicirende Sache jedesmal bestimmt angegeben und bezeichnet werden, und in dieser Hinsicht, oder wenn das in Anspruch zu nehmende Eigenthum trennbar mit einer fremden Sache vereinigt seyn sollte, (§. 130.), mufs häufig die *actio ad exhibendum* angestellt werden [4]). Uebrigens findet häufig auch eine *rei vindicatio utilis* (s. §. 50. u. 118.) Statt [5]).

§. 169.

IV) *Welche wechselseitige Forderungen kommen dabei in Betracht?*

A) Forderungen des Klägers oder Eigenthümers.

1) Restitution der Sache selbst.

Der Kläger verlangt, dafs ihm durch das richterliche Urtheil das Eigenthum der befragten Sache zugesprochen und dafs ihm die Sache selbst, mit allem Zubehör (*cum omni causa*) herausgegeben werde. — Was die Restitution der Sache selbst betrifft, so mufs der verurtheilte

---

3) Vgl. *Fr.* 76. §. 1. *D.* 6, 1. „*Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. Iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud iudicem examinatur.*“ etc. *Fr.* 43. *D.* 41, 2.

4) *Fr.* 3. §. 3. *D.* 10, 4.

5) Diese *utilis vindicatio* steht, abgesehen vom Emphyteuta und Superficiar namentlich dem Cessionar zu, *Fr.* 55. *D.* 3, 3. *c.* 9. *C.* 4, 39., ebenso dem, der Ausnahmsweise Eigenthümer wird, weil die Sache mit seinem Gelde gekauft ist (§. 161.), dem Schenker auf den Todesfall, wenn ihm die Schenkung in's Gereuen fällt, *Fr.* 30. *D.* 39, 6.; und dem Schenker unter Lebenden, wenn der Beschenkte den hinzugefügten *modus* nicht erfüllt hat. *c.* 1. *C.* 8, 55. (§. 142.)

Digitized by Google

Beklagte die vindicirte Sache, welche er zur Zeit des gesprochenen Urtheiles besitzt, schlechterdings herausgeben [1], und zwar in derselben Lage, worin sie sich zur Zeit des angefangenen Rechtsstreites befand [2]. Wenn aber der Beklagte die Sache nicht mehr besitzt, so kommt es darauf an, ob der Verlust oder Untergang durch seine Schuld oder durch Zufall herbeigeführt ist. In jenem Falle braucht blofs der *malae fidei possessor* und der welcher als solcher betrachtet wird, d. i. der gute Besitzer nach erfolgter Einlassung, für den culposen Schaden einzustehen [3]. In diesem Falle hingegen braucht der gute Besitzer den Schaden nicht zu ersetzen [4], wohl aber der böse Besitzer; die Sache müfste denn gerade so, auch beim Eigenthümer zu Grunde gegangen seyn [5], oder die Sache nothwendig haben verkauft werden müssen, weil sie sonst verdorben seyn würde [6].

---

1) Die Restitution mufs gewöhnlich *in natura* erfolgen (vergl. jedoch *Fr.* 46. *D.* 6, 1. *Fr.* 5. *pr. D.* 12, 3.) entweder *in loco rei sitae*, oder bei Mobilien auf Kosten des Klägers auch am Orte der angestellten Klage. *Fr.* 10—12. *D.* 6, 1.

2) Der Beklagte mufs daher auch für alle Nachtheile und Deteriorationen einstehen, die seiner Schuld beigemessen werden können. *Fr.* 13. 18. 20. *D.* 6, 1. vgl. *Fr.* 2. *D.* 22, 1.

3) *Fr.* 21. 36. §. 1. *Fr.* 45. 60. *D.* 6, 1. „*Post litem contestatam omnes possessores pares sunt.*“ (Der in *litis aestimationem* verurtheilte Beklagte kann jedoch vom klagenden Eigenthümer Abtretung seines Klagrechts verlangen.)

4) *Fr.* 15. *in f. Fr.* 16. D. 6, 1.

5) Vgl. *Fr.* 14. *in f.* D. 16, 3. „*utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*“

6) Hier braucht nur das erhaltene Pretium restituirt zu werden. *Fr.* 15. §. 1. D. 6, 1.

Digitized by Google

§. 170.

2) Von der Restitution des Zubehörs, insonderheit der Früchte.

Ge. Lud. Böhmer (s. de Wölffradt) D. *sistens theoriam generalem de adquisit. fructuum.* Gott. 1783. — von Savigny R. d. Besitzes §. 22. *a.* S. 267. *fg.*

Der verurtheilte Besitzer mufs die Sache *cum omni causa* restituiren, d. h. 1) alle Accessionen oder Alles, was mit der Hauptsache äusserlich verbunden und zu derselben hinzugetreten ist [1]; 2) die Früchte der Sache und alle sonstigen Vortheile, die mit dem vindicirten Gegenstande in Verbindung stehen, wenn z. B. der Besitzer durch die besessene Sache irgend ein Klagrecht, oder einen sonstigen Vortheil erlangt hat, so mufs jenes abgetreten, dieser aber herausgegeben werden [2]. — Was insonderheit die Herausgabe der Früchte (s. §. 42.) betrifft, so müssen in der Regel alle Früchte restituirt werden, welche natürlich oder rechtlich gezogen werden konnten, selbst die *fructuum fructus* und *accessiones* [3], und der Richter mufs wegen der nach der Einlassung percipirten Früchte schon von Amtswegen auf Restitution erkennen [4].

Nimmt

1) Dahin gehört namentlich: der Erwerb durch Alluvion, *vis fluminis* u. s. w., der mit der vindicirten Proprietät inzwischen consolidirte Ususfruct; das auf dem befragten Grund und Boden etwa errichtete Gebäude; die *fructus pendentes*, denn auch diese „*pars esse fundi videntur.*“

2) *Fr.* 2. 20. D. 6, 1. u. m. a. St.

3) *Fr.* 17. §. 1. *Fr.* 64. D. 6, 1. *Fr.* 34. D. 22, 1.

4) *Fr.* 35. §. 1. D. 6, 1. *Fr.* 25. §. 8. D. 21, 1. „*Judici enim statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in iudicio versantur: ea autem, quae ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.*“

Digitized by Google

Nimmt man jedoch auf die besondere Beschaffenheit des Besitzers Rücksicht, so mufs man unterscheiden: 1) der Besitzer in gutem Glauben erwirbt alle vor erhobenem Rechtsstreite gezogenen, consumirten oder usucapirten Früchte, blofs die noch vorhandenen natürlichen Früchte mufs er herausgeben — der Eigenthümer kann die *condictio sine causa* darauf anstellen — die künstlichen Früchte hingegen behält er unwiderruflich [5]). 2) Der Besitzer in bösem Glauben und eben so der gute Besitzer nach erfolgter Einlassung mufs alle Früchte ohne Unterschied herausgeben, einerlei, sie mögen noch vorhanden seyn, oder nicht [6]). Geht indessen die Sache beim guten Besitzer während des Processes verloren, so kommt blofs die Zeit in Anschlag, worin er wirklich besessen hat [7]). Der wahre Besitzer in bösem Glauben endlich mufs selbst die Früchte ersetzen, welche der Kläger hätte gewinnen können, dagegen braucht der gute Besitzer nach der Einlassung, nur für die Früchte einzustehen, welche er nach seinen Kräften hätte gewinnen kön-

---

5) §. 35. *I.* 2, 1. „*Naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cura et cultura rei.*“ *Fr.* 25. §. 1. *Fr.* 28. *pr. D,* 22, 1. vgl. *Fr.* 5. *D. eod. Fr.* 48. *pr.* D. 41, 1.

6) Die noch vorhandenen können entweder condicirt oder auch vindicirt werden, denn der *m. f. possessor* hat gar kein Eigenthum daran erworben; die nicht mehr vorhandenen können natürlich blofs condicirt werden. *c.* 3. *C.* 4, 9. *Fr.* 4. §. 2. *D.* 10, 1.

7) *Fr.* 20. *D.* 6, „*Fructus eius temporis, quo possidet, praestet.*“ Sonst gilt die Regel, dafs die Früchte bis zur Zeit des ausgesprochenen Urtheiles berechnet werden, die Sache mag nun wirklich so lange existiren, oder der Besitzer in Ansehung der zu Grunde gegangenen Sache eben so, als wenn sie existirte, gehalten seyn. *Fr.* 17. §. 1. *Fr.* 33. *D.* 6, 1. *Fr.* 3. §. 1. *D.* 22, 1

Digitized by Google

nen [8]). Uebrigens haftet selbst der böse Besitzer nicht wegen vernachlässigter Zinsen und auch die erhobenen Zinsen braucht er gewöhnlich nicht herauszugeben [9]).

§. 171.

B) Gegenforderungen des Beklagten oder Besitzers.

1) Von dem vergangenen Schaden, insonderheit von den Unkosten.

Jo. Wunderlich (Christ. Nicol. Carstens) *de remediis, quae pro servandis recuperandisve impensis a b. f. possessore in rem alienam factis competunt. Ien.* 1758.

In Hinsicht auf den Beklagten ist die *rei vindicatio* natürlich von einem doppelten Erfolge begleitet: 1) trägt er den Sieg davon, so wird der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und das Recht des Beklagten bestätigt; 2) ist er hingegen besiegt worden, so braucht er die Sache doch nicht eher herauszugeben, als bis ihm Entschädigung geleistet worden ist, denn der Kläger darf sich nicht mit dem Schaden seines Gegners bereichern [1]). Der Beklagte kann nun aber entweder bereits Schaden erlitten haben, oder einen bevorstehenden Schaden künftig befürchten. Was zunächst den vergangenen Schaden betrifft, so bezieht sich dieser insonderheit auf die Unkosten, welche der Besitzer auf die vindicirte Sache verwendet hat. Diese Unkosten sind aber entweder auf die Früchte in Ansehung ihres Erwerbes, ihrer Einsammlung und Aufbewahrung verwendet, oder auf die Sache

---

8) *Fr.* 62. §. 1. *D.* 6, 1. §. 2. *I.* 4, 17.

9) Der Grund ist: „*quia pecunia periculo dantis foeneratur.*“ *Fr.* 62. *pr. D.* 6, 1. *Fr.* 30. *D.* 5, 3. *Fr.* 67. §. 1. *D.* 17, 2.

1) *Fr.* 38 *D.* 5, 3. „*Non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.*“

Digitized by Google

selbst. Jene werden ohne Unterschied von jedem Besitzer abgezogen, in so fern er die Früchte herausgeben muſs [2]); bei diesen aber muſs man die nothwendigen, nützlichen und bloſs zum Vergnügen verwendeten [3]) wohl von einander unterscheiden. Es gelten darüber folgende Grundsätze: 1) die nothwendigen Unkosten können, wenn die Sache, worauf sie verwendet sind, noch vorhanden ist, jederzeit abgezogen werden, sowohl vom guten als selbst vom bösen Besitzer, und dieser kann deſshalb dem Vindicanten eine *Exceptio doli mali* entgegensetzen [4]); wenn hingegen die Sache nicht mehr vorhanden ist, so braucht der Beklagte, wenn er der zu Grunde gegangenen oder verlorenen Sache wegen noch gehalten ist, nur den nach Abzug der Unkosten

---

2) *Fr.* 36. §. 5. *D.* 5, 3. „*Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus: sicut Sabino placuit.*“

3) *Fr.* 79. *D.* 50, 16. *Fr.* 1. *D.* 25, 1. (vgl. §. 42.)

4) Der obige Grundsatz: daſs sich der Eigenthümer nicht mit dem Schaden des Besitzers bereichern dürfe, tritt allgemein sowohl beim *b.* als *m. f. possessor* ein. *Fr.* 38. *D.* 5, 3. *c.* 5. *C.* 3, 32. (Im *Fr.* 13 *D.* 13, 1. scheint zwar hinsichtlich des Diebes eine Ausnahme gemacht zu werden; allein die „*caelatura*“ ist nicht als eine nothwendige zur Erhaltung der S. gemachte Ausgabe anzusehen und das fortgesetzte Leben des gestohlenen Sclavenkindes hat der Herr desselben nicht sowohl dem Diebe, als der Natur zu danken; auch sind die darauf vom Diebe verwandten allerdings nothwendigen Auslagen, mit den dem Eigenthümer in der Zwischenzeit entzogenen Diensten als compensirt anzusehen. Eben so läſst sich erklären *c.* 1. *C.* 8, 52. (vgl. *Fr.* 27. §. 2. *in f. D.* 6, 1.)

Digitized by Google

übrig bleibenden Werth zu erstatten [5]; sollte aber der Beklagte der Sache selbst wegen nicht gehalten seyn (vgl. §. 169. a. E.), so kann auch eine Vergütung der nothwendigen Unkosten gar nicht verlangt werden. — 2) Bei den nützlich verwendeten Unkosten kann *a*) der Besitzer in gutem Glauben in so fern Entschädigung fordern, als der Gegenstand, worauf die Unkosten verwendet sind, noch vorhanden ist und die Unkosten selbst als mäfsig erscheinen [6]; sollte aber keine Abrechnung der Unkosten Statt finden können, so bleibt doch dem Besitzer, unter den gehörigen Voraussetzungen, das Recht übrig, den Gegenstand, welcher die Unkosten verursachte, wegzunehmen (*ius tollendi*); *b*) der Besitzer in bösem Glauben hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm die Gesetze keine Vergütung der Unkosten gestatten, er hat blofs ein *ius tollendi* so fern dieses ohne Nachtheil des Eigenthümers ausgeübt werden kann [7]. — 3) Die blofs

5) Es gilt der Grundsatz: „*Qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.*“ *Fr.* 39. *D.* 7, 1.

6) Diese Bestimmung richtet sich theils nach den persönlichen Umständen des klagenden Eigenthümers, d. h. es kommt darauf an, ob er ein reicher oder armer Mann ist. (*Fr.* 27. §. 5. *Fr.* 38. *D.* 6, 1.: „*Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere es his rebus, quae possis; dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum.*) Theils nach andern Gründen, insonderheit, wenn der Eigenthümer die Unkosten gleichfalls verwendet haben würde, oder wenn er die Sache, welche jetzt mehr werth ist, zum Verkaufe bestimmt hatte, oder wenn der Besitzer die Unkosten mit stillschweigender Genehmigung des klagenden Eigenthümers verwendete. *Fr.* 25. *D.* 13, 7. *Fr.* 29. *in f.* 30. 38 *pr. D.* 6, 1.

7) Der Eigenthümer hat jedoch, wenn der Besitzer das *ius tollendi* ausüben will, dagegen das *ius offerendi pretium* und überhaupt

Digitized by Google

zum Vergnügen verwendeten Unkosten endlich können, als solche, niemals abgezogen werden, sondern nur wenn der Besitzer darthun kann, dafs sie im Verhältnifs zum Kläger, als nützliche Unkosten anzusehen sind [8]). Auf jeden Fall, d. h. selbst wenn er in bösem Glauben ist, hat aber der Besitzer auch hier das *ius tollendi*. — Uebrigens ist noch zu bemerken, dafs so oft ein Abzug der Unkosten begründet ist, immer eine Compensation mit den vor begonnenem Rechtsstreite gezogenen Früchten Statt findet [9]) und dafs gesetzlich kein anderes Mittel, Vergütung der Unkosten zu erlangen, gestattet ist, als Retention der Hauptsache verbunden mit einer *exceptio doli mali* [10]).

§. 172.

a) Von dem künftig zu befürchtenden Schaden.

Der Besitzer hat künftig Schaden zu befürchten, entweder aus einer der vindicirten Sache wegen übernommenen Verbindlichkeit, oder aus dem Verhältnifs der vindicirten Sache selbst. Jenes ist z. B. der Fall, wenn der Besitzer eines baufälligen Gebäudes, *damni infecti nomine* cavirt hat: diese Verbindlichkeit mufs nunmehr

---

„*malitiis non indulgendum est.*“ *Fr.* 38. *v.* „*constituimus vero*“ *etc. D.* 6, 1. *F.* 57. *D. eod. Fr.* 7. §. 12. *D.* 41, 2. §. 30. *I.* 2, 1. *c.* 5. *C.* 3, 32. „*Sin autem utiles* (*sumtus fecerint malae fidei possessores*) *licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei, eos auferre*“

8) Vgl. *Fr.* 29, 38. *D.* 6, 1. *Fr.* 3. §. 6. *D.* 15, 3. *Fr.* 47. *D.* 46, 3. *c.* 5. *C.* 3, 32.

9) *Fr* 48. 65. *pr. D.* 6, 1.

10) *Fr.* 27. §. 5. *Fr* 38. *D.* 6, 1. *c.* 11. 16. *C.* 3, 32. Das röm. R. gestattet also dem Besitzer der Unkosten wegen, nach Herausgabe der Sache, keine Klage. vergl. *Fr.* 33. *D.* 12, 6. §. 30. *I.* 2, 1. Nach der Praxis wird ihm eine *a. negotior. gestor. utilis* eingeräumt. s. Struben rechtl. Bed. III, 76.

Digitized by Google

der vindicirende Eigenthümer übernehmen. — Dieses hingegen tritt namentlich ein, wenn der Besitzer für die von ihm vindicirte nicht vorhandene Sache den Werth (*litis aestimatio*) hat leisten müssen, der Eigenthümer die Sache selbst aber in der Folge wieder erhalten sollte: der klagende Eigenthümer mufs hier dem Besitzer vorläufig Caution leisten, dem Beklagten in diesem Falle entweder die Sache selbst, oder den Werth derselben, zu restituiren [1]).

Drittes Hauptstück.

Vom Verluste des Eigenthumes.

§. 173.

Das Eigenthum kann sowohl mit, als ohne und wider den Willen des bisherigen Eigenthümers verloren gehen. Mit dem Willen: durch freiwillige Uebertragung des Eigenthumes auf einen Andern, denn der Erwerb auf der einen Seite ist natürlich stets durch den Verlust auf der andern bedingt [1]); eben so durch freiwillige Dereliction.

1) Es gilt der Grundsatz: „*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.*“ *Fr.* 57. *D.* 50, 17. Dafs der abgefundene Eigenthümer das Vindicationsrecht wider einen dritten Besitzer nach wie vor behält, behaupten Cujacius in *observatt.* XXII, 29. Noodt in *Comm.* VI, 1. Huber in *praelectionib.* V, 3. §. 7. Vgl. dagegen Böhmer in *Introd. in ius Digestor.* V, 3 §. 4. — Uebrigens braucht der abgefundene Kläger nicht dafür einzustehen, wenn dem Besitzer, der die *litis aestimatio* geleistet hat, die in der Folge wiedererlangte Sache von Neuem evincirt wird. *Fr.* 35. §. 2. *D.* 6, 1.

1) Vgl. *Fr.* 40 §. 2. *in f. D.* 5, 3. *Fr.* 5. §. 15. *D.* 13, 6. „*Duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest.*“

Digitized by Google

Ohne und wider den Willen kann sowohl ein reiner Verlust, als ein mit nothwendiger Uebertragung auf einen Andern verbundener Verlust Statt finden. Der reine Verlust gründet sich 1) entweder auf objective Unfähigkeit [2]), wenn die Sache nicht mehr Gegenstand des Eigenthumes seyn kann, entweder weil sie untergegangen (physische Unfähigkeit) oder dem Commerz entzogen ist (juristische Unfähigkeit); 2) oder auf Unfähigkeit der Ausübung; dadurch hört Ausnahmsweise das Eigenthum bei wilden und zahm gemachten Thieren auf, welche entfliehen und nicht mehr wieder kehren [3]), eben so bei den im Kriege von den Feinden occupirten Sachen [4]). — Der mit nothwendiger Uebertragung verbundene Verlust tritt namentlich ein: wenn die Sache usucapirt worden ist, oder wenn der Eigenthümer, zur Strafe seiner gewaltsamen Besitzergreifung, das Eigenthum verliert (§. 161.), oder wenn der Princeps oder die Obrigkeit das Eigenthum überträgt (§. 160).

---

2) Es läßt sich zwar auch eine subjective Unfähigkeit, sowohl eine physische, durch den Tod, als eine juristische durch Sclaverei denken; allein jene ist nicht hierher zu rechnen, da sie stets mit Uebertragung des Eigenthumes auf den Erben verbunden ist, und auch diese konnte nicht anders reiner Verlust seyn, als wenn der Sclave keinen Herrn hatte, welches blofs dann der Fall war, wenn ein Bürger in feindliche Gefangenschaft gerieth, wobei jedoch das *postliminium* eintrat, oder die *fictio legis Corneliae.*

3) *Fr.* 4. 5. *pr.* §. 4. 5. *D.* 41, 1. §. 12. *I.* 2, 1.

4) Auch dieser Verlust ist als ein reiner zu betrachten, denn der Feind konnte die Sache nicht erwerben, wiewohl dem Eigenthümer dadurch die Ausübung seines Eigenthumes entzogen ward. s. §. 124.

Digitized by Google

Zweiter Hauptabschnitt.

Von dem Rechte auf fremde Sachen.

Erstes Hauptstück.

Von der Emphyteusis oder dem Rechte der Anpflanzung.

§. 3. *I.* III, 25. *Dig.* VI, 3. *Cod.* IV, 66. *Nov.* 7. *c.* 3—7. *Nov.* 120.

Donellus *Libr.* IX. *c.* 13 — 15. — E. Leoninus *ad Tit. Cod. de iure emphyteut.* (*in Thes. Otton. T.* V. *p.* 655.) — Abrah. Mulder *de emphyteusi. L. B.* 1703. — Jo. Jod. Beck *tr. de iure emphyt. Norimb.* 1759. — Carol. Groscurd *Comm. de iure emph. Gott.* 1803. — Ferd. Kämmerer *Exc. an verum emphyteuta habeat domin.* (*adj. eius Comm. de N. O. N.*) — Hufeland Abhandl. Th. II. *nr.* 8.

§. 174.

I) *Begriff und Constitution.*

Emphyteusis war ursprünglich das Recht, welches auf eine unbewegliche und unangebaute Sache unter der Bedingung gestattet wurde, sie anzubauen und dem Eigenthümer eine gewisse Abgabe davon zu entrichten. Späterhin dehnte man aber den Begriff auch auf fruchtbare und angebaute Grundstücke aus [1]). Ehemals war auch ein

1) Der Name *Emphyteusis* kommt bekanntlich von dem griechischen Worte Εμφυτευειν her, *inserere, implantare*, nach Ulpian *meliorare, i. e. meliorem reddere fundum.* Vgl. *Fr.* 13. §. 5. *in f. D.* 7, 1.

Digitized by Google

Unterschied zwischen *ager vectigalis* und *emphyteuticarius* [2]); zu Justinian's Zeit aber waren diese Ausdrücke völlig gleichbedeutend. Blofs der Unterschied zwischen weltlicher und kirchlicher Emphyteuse ist im neuern Rechte von practischer Wichtigkeit. — Was die Constitution dieses Rechts betrifft, so kann nur derjenige eine Emphyteusis ertheilen, welcher Eigenthümer des befragten Grundstückes ist [3]). Die Sache, an welcher das Recht zustehen soll, mufs ein eigentliches Grundstück seyn [4]) und das Recht selbst kann constituirt werden: 1) entweder mit dem Willen des Eigenthümers, sowohl

---

2) *Agri vectigales* waren ursprünglich solche Ländereien, welche im Kriege den Feinden entrissen waren. Damit diese nun nicht ganz unbenutzt liegen bleiben möchten, wurden sie gewöhnlich den Soldaten zum Lohne ihrer Siege ertheilt und diese brauchten blofs eine geringe Abgabe (*vectigal*) davon zu entrichten, um dadurch das Obereigenthum des Staates anzuerkennen. Diese Anstalt ahmten späterhin auch Privaten und vorzüglich die Kirchen nach; die von ihnen zur Cultur gegebenen Ländereien wurden, zum Unterschiede von jenen, *agri emphyteuticarii* genannt, eine Benennung, welche wahrscheinlich erst unter Constantin d. Gr aufgekommen ist. (In dem *Fr.* 3. §. 3. *D.* 27, 9. kommt auch der Ausdruck *ius εμβατευτικον* vor. Vergl. Calvini *Lexic. iurid. s. h. v.* und Wildvogel *de iure embateutico s. facultate bona debitoris propria auctoritate occupandi. Ien.* 1707.)

3) §. 3. *I.* 3, 25. *c.* 2. 3. *C.* 4, 66. Der Superficiar ist nicht dazu berechtigt, obwohl der Emphyteuta eine Superficiens bestellen kann.

4) Die Frage, ob auch an Gebäuden eine Emphyteusis Statt finden könne? ist bestritten. Vgl. *Fr.* 15 §. 26. *D.* 39, 2. und die aus der *Nov.* 120. *c.* 2. entlehnte *Auth.* „*Si quas*" *C.* 1, 2. Wahrscheinlich sind in diesen Stellen blofs solche Gebäude, die sich zufällig auf dem Grundstücke befinden, zu verstehen.

Digitized by Google

durch einen letzten Willen, wenn z. B. die Emphyteusis vermacht worden ist; als durch Vertrag, und dahin gehört der s. g. *contractus emphyteuticarius* oder *Zenonianus* [5]; 2) wider den Willen des Eigenthümers durch Verjährung: wenn nemlich Jemand resp. 10 oder 20 Jahre hindurch eine fremde Sache als Emphyteusis besessen und den sogenannten Canon entrichtet hat, so erwirbt er ohne Zweifel das emphyteutikarische Recht daran [6].

§ 175.

II) *Wirkungen.*

Der Emphyteuta hat zwar nur ein *ius in re aliena*, dennoch aber genieſst er beinahe dieselben Rechte wie der Eigenthümer [1], und sein Recht wird daher auch als ein *dominium utile* (s. §. 118.) betrachtet. Dagegen aber liegen ihm auch viele Verbindlichkeiten ob, die sich theils auf den Besitz im Ganzen, theils auf die Veräusserung

---

5) Darüber kommt das Nähere im dritten Buche vor. Vgl. mein R. der Forderungen §. 97.

5) *c.* 12. *C.* 7, 33. *c.* 14. *C.* 11, 61. Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 35.

1) Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts Bd. II. Abh. 15. läugnet, dafs der Emphyteuta berechtigt sey, die Emphyteutsache mit eigentlichen Servituten zu belegen: da jedoch diese Befugniſs sogar dem minder berechtigten Superficiar zusteht (*Fr.* 1. §. 9. *D.* 43, 18.) und die Servitut nach aufgehobener Emphyteusis *resoluto iure concedentis* von selbst wegfallen muſs, daher der Eigenthümer davon so wenig Nachtheil zu befürchten hat, als von dem am Emphyteutgrundstücke constituirten Pfandrechte (vgl. *Fr.* 31. *D.* 20, 1.), so scheint die entgegengesetzte Meinung richtiger zu seyn. — Ob der Emphyteuta auf einen gefundenen Schatz Anspruch machen könne? ist sehr bestritten. Vgl. Voetius in *Comm.* VI, 3. §. 11. Glück Commentar Bd. VIII. S. 398.

Digitized by Google

beziehen. In der erstern Hinsicht muſs der Emphyteutmann 1) jährlich eine gewisse Abgabe, die *canon* (auch wohl *pensio* oder *emphyteuma*) genannt wird, entrichten [2]; 2) er muſs die auf der Sache haftenden öffentlichen Abgaben übernehmen [3], und 3) die Sache so cultiviren, daſs sie wenigstens durch seinen Besitz nicht schlechter wird [4]. — Was, in der letzteren Hinsicht, die Veräusserung betrifft, so darf nach Justinian's Verordnung [5] die Emphyteusis nicht an solche veräussert werden, welche im Emphyteutcontract ausgeschlossen, oder welche die Abgabe zu entrichten unfähig sind, und der Eigenthümer muſs zwei Monate vorher von der Veräusserung benachrichtiget werden, damit er seine, wenn gleich ohne Grund nicht zu verweigernde, Einwilligung geben und, wenn er Lust hat, die Emphyteusis selbst kaufen könne. Sollte sich der Eigenthümer, auf diese von dem Emphyteuta zu beweisende Anzeige, in der bestimmten Zeit nicht erklärt haben, so kann die Veräusserung an den Dritten, wenn er sonst fähig dazu ist, rechtsgültig vor sich gehen, indessen muſs doch der veräussernde Emphyteuta den Eigenthümer von Neuem in Gegenwart von Zeugen bitten, daſs er den neuen Emphyteutmann gegen Erstattung eines s. g. Laudemiums [6] (d. i. des funfzig-

---

1) Diese Verbindlichkeit erlischt nur *per interitum totius rei* und ein Erlaſs wegen Unfruchtbarkeit findet dabei nicht Statt.

3) *c.* 2. *C. h. t. Fr.* 7. *D.* 39, 4.

4) Für die auf die Cultur verwendeten Unkosten kann der Emphyteuta so wenig als für die gemachten Verbesserungen und neuen Anlagen (Ἐμπονήματα) Vergütung fordern. *c.* 2. 3. *C.* h. *t. Nov.* 120. *c.* 8. *Auth.* „*Qui rem.*“ *C.* 1, 2.

5) Vgl. *c.* 3. *C. h. t.*

6) Es ist bestritten, ob das Laudemium vom alten oder neuen Emphyteutmanne entrichtet werden muſs, da die *c.* 3. *C. h. t.*

Digitized by Google

sten Theiles vom Kaufpreise, oder von dem durch Sachverständige auszumittelnden Werthe der Emphyteutsache, wenn sie nicht verkauft wird) innerhalb den nächsten zwei Monaten anerkenne und in den Besitz des Grundstückes setze. Erfolgt in dieser Zeit wieder keine Erklärung von Seiten des Eigenthümers, so kann der veräussernde Emphyteuta selbst das Grundstück übergeben und der Eigenthümer verliert nun zur Strafe das Laudemium oder die Quinquagesima. — Der Emphyteuta kann übrigens sein Recht nicht nur mit einer *utilis rei vindicatio* und mit der Publicianischen Klage (§. 180.) verfolgen, sondern sich auch possessorischer Rechtsmittel nach allgemeinen Grundsätzen bedienen.

§. 176.

III) *Verlust.*

Das Recht des Emphyteuten hört auf: 1) wenn ein *dominus revocabilis* die Emphyteusis bestellt hatte und nun dessen Eigenthum selbst aufhört [1]); 2) durch Ablauf der

---

sich nicht bestimmt darüber erklärt. Theoretisch richtiger ist es wohl anzunehmen, dafs der bisherige Emphyteuta es entrichten müsse, wiewohl die Praxis das Gegentheil behauptet. s. Thibaut System d. Pandektenrechts §. 632.

7) *Fr.* 12. §. 2. *D.* 6, 2. *Fr.* 1. §. 1. *D.* 6, 3. von Savigny Recht d. Besitzes §. 47. — Thibaut §. 631. a. E. bemerkt; dafs die *actio communi dividundo* von Mehrern, welchen ungetheilt eine Emphyteusis zugefallen ist, nicht angestellt werden könne. In dem *Fr* 7. *pr. D.* 10, 3. heifst es aber ausdrücklich: „*Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro*“ und es wird blofs hingefügt, dafs es nicht rathsam sey, die Emphyteusis örtlich (*regionibus*) zu vertheilen, weil „*alioquin praestatio vectigalis confundetur.*“

1) Es gilt überhaupt die bekannte Regel: *Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum.*

Digitized by Google

Zeit, auf welche die Constitution geschehen ist [2]); 3) durch die Schuld des Emphyteuten: *a*) wenn er die Sache verdorben [3]), *b*) wenn er der Kirche in zwei und einem Andern in drei Jahren den Canon nicht bezahlt [4]), *c*) wenn er in drei Jahren die öffentlichen Abgaben (*pensitationes publicae*) nicht abgetragen, endlich *d*) wenn er die Sache einseitig veräussert und übergeben hat. In allen diesen Fällen, wo die Emphyteusis durch die Schuld des Emphyteuten verloren gehen soll, hängt jedoch der Verlust lediglich von dem Willen des dabei interessirten Eigenthümers ab.

---

2) *Fr.* 3. *D. h. t.* Anders bei der Location, wo nach abgelaufener ersten Miethzeit eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages angenommen wird.

3) Bei den kirchlichen Emphyteusen ist dieser Verlust ausdrücklich vorgeschrieben in der *Nov.* 107, 120. *c.* 8. *Auth.* „*Qui rem*“ *C.* 1, 2. Dasselbe kann aber mit Recht auch auf die *Emphyteuses seculares* bezogen werden, denn auch jeder *colonus* kann bekanntlich *ob rem deterioratam* vertrieben werden, um so mehr der *emphyteuta*, welcher das Grundstück unter der ausdrücklichen Bedingung, es anzubauen und zu verbessern, erhalten hat. Uebrigens tritt eine billige Compensation der Verschlimmerung mit der etwa Statt gefundenen Verbesserung ein. *Fr.* 13. §. 5. *D.* 7, 1. *Nov.* 120. *c.* 8. Vergl. Thibaut Versuche Bd. 2. S. 310. fg.

4) *c.* 2. *C. h. t.* Vertragsweise kann natürlich auch eine kürzere Zeit bestimmt werden.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von der Superficies oder dem Platzrechte.

Dig. XLIII, 18.

Donellus *Libr.* IX. *c.* 16—18. — Jo. Nic. Hertius *D. de iure superficiario. Giss.* 1682. (in *Opusc. V.* I. *T.* III.) — von Savigny Recht d. Besitzes §. 46.

§. 177.

I) *Begriff und Constitution.*

Die Superficies oder das nicht unpassend so genannte Platzrecht ist vorhanden, wenn der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache einem Andern erlaubt, eine Sache (*superficies*, *superficium*) damit verbunden zu haben, welche sonst vermöge Accession in das Eigenthum des Eigenthümers des Bodens übergehen würde [1]). Die Superficies ertheilt daher, wie der Name schon andeutet, ein *ius in id, quod supra faciem terrae alienae est.* — Die Constitution einer solchen Superficies geschieht: entweder mit dem Willen des Eigenthümers des befragten Grundstückes: durch Verträge, zu welchen Tradition hinzukommt, insonderheit durch Miethe [2]) und auch

1) Vgl. *Fr.* 12. §. 5. *D.* 6, 2. *Fr.* 1. §. 4. *Fr.* 2. *D. h. t. etc.*

2) Dabei lassen sich wieder zwei Fälle unterscheiden; entweder miethet Jemand ein schon errichtetes Gebäude mit der ausdrücklichen Bedingung, die Superficies an dem Boden selbst zu haben, oder er miethet den blossen Grund und Boden unter der Bedingung, darauf zu bauen und die gebauete *superficies* zu behalten. Vgl. *Fr.* 21. *D. h. t.* In beiden Fällen mufs indessen die *conductio* auf immer, oder auf längere Zeit geschehen seyn. *Fr.* 1. §. 3. *D. eod.*

Digitized by Google

durch Kauf [5]); oder wider den Willen des Eigenthümers: durch Usucapion, nach den in Betreff der Servituten geltenden Grundsätzen [4]).

§. 178.

II) *Wirkungen des constituirten Rechts.*

Der Superficiar hat 1) das Recht die Sache völlig zu benutzen; 2) die Superficies sowohl auf seine Intestaterben, als auf Andere in einem letzten Willen und unter Lebenden zu übertragen [1]); 3) das Recht, so lange die Superficies dauert, das Grundtück mit Servituten zu belegen und zu verpfänden [2]). — Dagegen ist derselbe schuldig: 1) die auf der Sache haftenden ordentlichen und ausserordentlichen Lasten zu tragen [3]); 2) dem Eigen-

---

3) Auch hier kann ein schon errichtetes oder zu errichtendes Gebäude Gegenstand des Contractes seyn und von einem jährlich zu entrichtenden *solarium* ist hier begreiflich keine Rede; auch kann der Vertrag in diesem Falle auf eine kürzere Zeit eingegangen werden. Vgl. *Fr.* 1. §. 1. 5. *D. h. t. Fr.* 32. D. 23, 3.

4) *Arg. c.* 11. 12. *in f. C.* 7, 33. vergl. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 35.

1) *Fr.* 1. §. 7. 8. *D. h. t. Fr.* 10. *D.* 10, 2. Die bei der Veräusserung der Emphyteusis eintretenden Grundsätze lassen sich hier nicht anwenden.

2) *Fr.* 1. §. 6. 9, *D. h. t. Fr.* 16. §. 2. *D.* 43, 7. *Fr.* 9. 15. *D.* 20, 1.

3) Für diese Verbindlichkeit ist kein ausdrückliches Gesetz vorhanden; die meisten Rechtsgelehrten folgern sie aber aus dem bekannten Grundsatze: *qui habet commoda, idem et onera ferre debet.* vergl. Thibaut §. 628. Da jedoch der Superficiar *in ipso solo* kein Recht hat und die Superficies gewöhnlich auf einer *locatio* beruhet, so scheint die Sache sehr zweifelhaft zu seyn.

Digitized by Google

thümer bei der gemietheten Superficies die versprochene Abgabe (*solarium*) zu entrichten [4]). — Was die bei diesem Rechte Statt findenden Rechtsmittel betrifft, so kann der Superficiar wieder nicht blofs eine *utilis rei vindicatio* und *Publiciana in rem actio* anstellen [5]), sondern auch das *interdictum unde vi* und *uti possidetis*, das hier *de superficiebus* genannt wird [6]), gebrauchen.

§. 179.

III) *Verlust.*

Die gehörig begründete Superficies geht verloren: 1) durch Beendigung des Rechts des Constituenten und durch Ablauf der gleich Anfangs bestimmten Zeit, wie bei der Emphyteusis; 2) wenn das Gebäude, oder was sonst auf der Oberfläche des Bodens war, auf irgend eine Art zerstört worden ist, ohne dafs durch die Wiederherstellung das Recht wieder aufleben könnte [1]); 3) endlich durch die Schuld des Superficiars, wenn dieser bei der

---

4) *Fr.* 15. *D.* 20, 1. In den bei der Miethe gewöhnlichen Fällen würde auch hier wohl eine *remissio mercedis s. solarii* verlangt werden können.

5) *Fr.* 1. §. 1. 3. 4. *D. h. t. Fr.* 12. §. 3. D. 6, 2. Damit concurriren zwar auch die persönlichen Klagen *ex conducto* und *ex emto*; besser aber ist es, sich sogleich eines dinglichen Rechtsmittels zu bedienen: „*Plus enim cautionis in re est, quam in persona.*“ Vgl. *Fr.* 25. D. 50, 17.

6) Vgl. *Fr.* 1. *pr.* §. 2. D. *h. t.* mit *Fr.* 2. 3. D. 43, 17.

1) Selbst in dem Falle nicht, wenn der Boden selbst gegeben seyn sollte, um darauf ein Gebäude zu errichten. Der Grund ist, weil die Proprietät so gut wie ganz aufgehoben seyn würde, wenn man die Superficies auf mehr als ein Gebäude beziehen wollte.

Digitized by Google

der gemietheten Superficies die *pensio* oder das *solarium* nicht zur gehörigen Zeit entrichtet [2]).

Drittes Hauptstück.

Von dem Besitze in gutem Glauben oder dem prätorischen Eigenthume.

Donellus *Libr.* IV. *cap.* 24 — 26. *Libr.* IX. *cap.* 19.

§. 180.

I) *Allgemeine Bemerkungen.*

Bei dem so genannten prätorischen Eigenthume treten ganz dieselben Voraussetzungen ein, wie sie oben bei der Usucapion beschrieben sind. Der Prätor verspricht nemlich schon während der Usucapion den Usucapienten gegen Jeden, welcher mit schwächerem Rechte besitzt, schützen zu wollen; er will den gerechten Besitzer oder Usucapienten ganz als Eigenthümer betrachten, ob er es gleich noch zur Zeit nicht ist. Daher der Name prätorisches Eigenthum und prätorischer Eigenthümer. — Die Wirkungen sind im Allgemeinen beinahe dieselben, wie beim wirklichen Eigenthume. Der prätorische Eigenthümer kann 1) die Sache vollständig gebrauchen und benutzen [1]); 2) er ist befugt die Sache zu veräussern, wiewohl er als Nichteigenthümer kein wahres, sondern nur prätorisches Eigenthum (Usucapionsbesitz) übertragen kann; 3) er braucht auch für die willkührlich mit der Sub-

2) *arg. c.* 3. *C.* 4, 65.

Digitized by Google

stanz der Sache vorgenommenen Veränderungen nicht einzustehen, denn er hat sie in dem rechtlichen Glauben, dafs er Eigenthümer der Sache sey, vorgenommen; endlich hat er 4) das Recht, durch fortgesetzten Besitz das wahre Eigenthum zu erwerben (Recht der Usucapion). — Alle diese Gerechtsame sind jedoch, so viel als möglich, ohne Nachtheil des wirklichen Eigenthümers eingeräumt worden, daher die *rei vindicatio* des Letzteren gegen den prätorischen Eigenthümer ihre volle Wirkung behält und der Fruchterwerb des guten Besitzers augenblicklich wegfällt, so bald er in Erfahrung bringt, dafs die Sache einem Andern gehört [1]). —

§. 181.

II) *Insonderheit* A) *von dem Fruchterwerb.*

Bei dem Fruchterwerbe des prätorischen Eigenthümers ist überhaupt zu bemerken, dafs er die Früchte durch die blofse Trennung (*separatio*) von der fruchtbringenden Sache erwirbt, während der Fructuar, wie wir unten sehen werden, nur durch eine Handlung, die er selbst vorgenommen hat oder durch Andere hat vornehmen lassen,

---

1) Es kommt also nicht ein für allemal auf den anfänglichen guten Glauben an, wie bei der Usucapion, sondern es mufs derselbe bei jedem einzelnen Fruchterwerbe vorhanden gewesen seyn. Vergl. *Fr.* 23. *pr.* §. 1. *D.* 41, 1. *Fr.* 20. §. 11. *Fr.* 25. §. 5. *D.* 5, 3. Bei der Usucapion ist nemlich von einem Erwerbe die Rede, der als solcher auf rechtlicher Vorschrift beruhet, vgl. *Fr.* 48. §. 1. *D.* 41, 1,, beim Fruchterwerbe hingegen von einem mehrfachen Erwerbe, daher beim Anfange eines jeden einzelnen Erwerbes guter Glaube vorhanden seyn mufs. Nach dem *Fr.* 25. §. 2. *D.* 22, 1. scheint es zwar, als ob wesentlich Eviction dazu gehöre, dafs Jemand anfange Besitzer in bösem Glauben zu seyn; dieser scheinbare Widerspruch läfst sich aber leicht erklären. Vgl. Donellus IV, 24.

Digitized by Google

durch Perception, die Früchte erwerben kann [1]). Der Fruchterwerb richtet sich übrigens nicht nach der Usucapionsfähigkeit der fruchttragenden Hauptsache [2]), und es gelten darüber die bereits oben (§. 170.) bei der *Rei vindicatio* vorgekommenen Grundsätze, nach welchen der prätorische Eigenthümer die in gutem Glauuben verzehrten und usucapirten Früchte unwiderruflich erwirbt, dagegen aber die *fructus pendentes* stets herausgeben muſs und eben so die noch vorhandenen natürlichen Früchte, während er die *fructus industriales* als Belohnung für die in gutem Glauben vorgenommene Pflege und Cultur der Sache behalten darf [3]).

---

1) *Fr.* 13. *in f. D.* 7, 4. „*Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint.*“ *Fr.* 25. §. 1. *D.* 22, 1. „*Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea, cum ad fructuarium pertineast fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur; ad bonae autem fidei possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint: sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.*“

2) *Fr.* 48. *pr. D.* 41, 1. *v.* „*Nec interest ea res quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne: veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut Praesidi contra legem repetundarum donata, ab eoque abulienata sit bonae fidei emtori.*“

3) Die Worte in dem *Fr* 48. *pr. D. citat.* „*Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*“ sind nicht so zu verstehen, als ob der prätorische Eigenthümer alle Früchte, auch die natürlichen, behalten dürfe, sondern es sind entweder die Worte *sed omnes* mit Doneau auf den unmittelbar

Digitized by Google

§. 182.

B) *Von der* Publiciana in rem actio.

§. 4. *I.* IV, 6. *Dig.* VI, 2.

Bernh. Henr. Reinold *de edicto Publiciano. Fef. ad Viadr.* 1715. G. J. C. von Massow *Comm. de Publ. in rem actione. Lugd. Bat.* 1818. 4.

Dem prätorischen Eigenthümer ist nach Analogie der *Rei vindicatio* ein besonderes Rechtsmittel unter dem Namen *Publiciana in rem actio* [1]) eingeräumt. Wenn nemlich derselbe den Besitz, der von einem Nichteigenthümer in gutem Glauben und aus einem gerechten Grunde erworbenen Sache, vor vollendeter Usucapion zufällig verlieren sollte, so kann er damit gegen Jeden, welcher mit schwächerem Rechte besitzt, auf Herausgabe der Sache klagen, gerade als wenn sie schon wirklich von ihm usucapirt worden wäre [2]). Es sind darüber folgende beson-

---

vorhergehenden Satz zu beziehen: *non tantum qui diligentia et opera eius, sed omnes qui et alterius diligentia provenerunt*, oder man mufs auf das „*interim*“ den Nachdruck legen: einstweilen, d. i. so lange der wirkliche Eigenthümer sich nicht meldet, gehören alle Früchte dem guten Besitzer.

1) Die Klage hat von einem Prätor Publicius den Namen erhalten, vgl. §. 4. *I.* 4, 6. „*quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Praetore in Edicto proposita est.*“ — Cicero *pro Cluentio c.* 45. erwähnt zwar eines Prätors Q. Publicius, ob aber von diesem, oder von einem Andern die Klage herrührt, läfst sich nicht mit Bestimmtheit ausmitteln. — Die Worte des prätorischen Edictes lauten also: „*Si quis bona fide emit, id quod traditur* (nach einer andern Leseart *traditum*) *ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*“ *Fr.* 1. *pr.* 7. §. 11. *D. h. t.*

2) *Fr.* 7. §. 6. *D. eod.* „*Publiciana actio ad instar proprietatis — — respicit.*“

Digitized by Google

dere Grundsätze zu bemerken: 1) die Klage wird, wie gesagt, dem gegeben, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben und aus einem gerechten Grunde erhalten, aber die Usucapion noch nicht vollendet hat [3]), und es ist dabei einerlei, wie lange er sie besessen [4]), oder von wem er sie erhalten hat, z. B. von einem Wahnsinnigen oder Minderjährigen, ohne dafs ihm der Wahnsinn und die Minderjährigkeit bekannt war [5]). Bei dem Zusammentreffen Mehrerer, welche die nemliche Sache von demselben Nichteigenthümer in gutem Glauben gekauft oder sonst erworben haben, geht derjenige vor, welchem die Sache zuerst übergeben ist [6]). Wenn hingegen zwei oder mehrere Nichteigenthümer die Sache übertragen haben, so geht unter den mehrern prätorischen Eigenthümern

3) Nach vollendeter Usucapion hat der Besitzer als *dominus civilis* die *rei vindicatio*, *Fr.* 1. §. 1. *D.* 6, 2., obgleich auch der wirkliche Eigenthümer sich immer noch als *bonae fidei possessor* der Publicianischen Klage bedienen kann. (s. §. 166. Note 6.)

4) *Fr.* 12. §. 7. *D. eod.* „*Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.*“ Bisweilen findet die Klage auch Statt, wenn von gar keiner Tradition die Rede seyn. Vgl. *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 2. 3. 12. §. 1. *D. h. t.* und auch auf dingliche Rechte wird sie ausgedehnt *Fr.* 11. §. 1. *Fr.* 12. §. 2. 3. *F.* 7. §. 12. *D. eod.*

5) Die Gesetze scheinen zwar hier einander zu widersprechen vgl. *Fr.* 7. §. 2. 4. *D.* 6, 2. mit *Fr. Fr.* 2. §. 16. *D.* 41, 4., sie lassen sich aber, wenn man das Verhältnifs der Billigkeit (*id quod utilitatis causa fit*) von dem strengen Rechte unterscheidet, leicht vereinigen. s. Cujacii *Observatt.* XVI, 29.

6) *Fr.* 9. §. 4. *D.* 6, 2. „*Si duobus quis separatim vendiderit b. f. ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? et Julianus scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est.*“

Digitized by Google

selbst, der **besitzende** vor [7]), gegen einen Dritten wird aber demjenigen der Vorzug eingeräumt, welchem zuerst die Sache übergeben ist [8]). — 2) Die Klage wird angestellt gegen jeden Besitzer der Sache *qui deteriori iure possidet*, d. i. gegen den, welcher keinen gerechten Grund, oder keinen guten Glauben hat, oder welcher die Sache erworben hat, nachdem sie einem Andern bereits übergeben war [9]). Die Klage kann also nicht gebraucht werden gegen den, welcher **früher** gleichfalls in gutem Glauben erwarb, eben so wenig gegen den wahren Eigenthümer selbst [10]). — 3) Der Zweck und Gegenstand der Klage, d. i. die dabei eintretenden wechselseitigen Forderungen, sind dieselben wie bei der *Rei vindicatio* (§. 169. fg.) — 4) Die Klage fällt überhaupt weg bei solchen Sachen, die nicht veräussert und usucapirt werden

---

7) *Fr.* 9. §. 4. *D. cit.* „*Quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est.*“

8) *Fr.* 31. §. 2. *D.* 19, 1. „*Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est* (einem Jeden ist die Sache einmal verkauft und übergeben worden) *sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est* (*scil. adversus tertium possessorem rem sine b. f. et i. t. possidentem*), *qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est.* (Thibaut §. 573. nimmt, wie es scheint ohne Grund, einen offenbaren Widerspruch der Gesetze an.

9) *Fr.* 9. §. 4. *Fr.* 17. *D.* 6, 2.

10) Doch giebt es auch Fälle, wo aus besondern Gründen die Klage selbst gegen den Eigenthümer gerichtet werden kann. Vgl. *Fr.* 72. *D.* 6, 1. *Fr.* 4. §. 32. *D.* 44, 4. *Fr.* 28. *D.* 9, 4. *Fr.* 18. §. 15. *D.* 39, 2. *Fr.* 24. *D.* 44, 2. u. m. a. Stellen. s. Schorch *de a. Publ. advers. ipsum dominum competente. Erf.* 1769.

Digitized by Google

dürfen [11]), desgleichen so oft der Kläger nicht zufällig, sondern aus böser Absicht oder Fahrlässigkeit seinen Besitz verloren hat [12]).

Viertes Hauptstück.

Von den Servituten.

Jani a Costa *Commentarius s. Praelectiones ad tit. D. de servitutib.* (*in* Meerm. *thes. T.* I.) — Jo. d'Avezan *Servitutum liber. Aureliae* 1650. 4. (*in* Meerm. *Thes. T.* IV.) — Ern. Chr. Westphal *Interpr. iur. civ. de libertate et servitutib. praedior. Lps.* 1773. 8.

---

§. 183.

Vorerinnerung.

Dienstbarkeit (*servitus*) ist das an einer fremden Sache zustehende Recht, vermöge dessen der Eigenthümer zum Vortheil eines Andern etwas leiden mufs, oder nicht thun darf. — Bei jeder Servitut wird also 1) eine fremde Sache vorausgesetzt, woran das Recht unmittelbar zustehet, eine Servitut an einer eigenen oder gemeinschaftlichen Sache ist so wenig denkbar als eine Servitut an einer andern Servitut [1]); 2) das Wesen der Servitut besteht immer darin, dafs der, dem die Sache gehört, der Eigenthümer, entweder an seiner Sache etwas

11) *Fr.* 9. §. 5. *Fr.* 12. § 4. *D.* 6, 2.

12) *Fr.* 69 70. *D.* 6, 1.

1) *Res sua nemini servit. Servitus servitutis esse non potest Fr.* 26. *D.* 8, 2. *Fr.* 33. §. 1. *D.* 8, 3. *Fr.* 1. *D.* 33, 2.

Digitized by Google

nicht thun darf, was er zufolge seines unbeschränkten Rechts sonst hätte thun dürfen (negative Servitut), oder dafs er etwas zugeben, leiden mufs, was er sonst vermöge seines ausschliessenden Rechts nicht zu leiden brauchte (affirmative oder positive Servitut) [2]; 3) jede Servitut mufs entweder den Vortheil oder das Vergnügen des Berechtigten bezwecken je nachdem aber das Recht sich auf eine Person oder auf ein Grundstück, d. i. auf den jedesmaligen Besitzer desselben beziehet, entsteht die Haupteintheilung der Servituten in persönliche und dingliche. — 4) Ueberhaupt ist zu bemerken, dafs für die natürliche Freiheit und also wider die Dienstbarkeit so lange die rechtliche Vermuthung streitet, bis das Gegentheil dargethan worden ist. Jede Servitut ist daher einer strengen Auslegung unterworfen und mufs stets in den bestimmten Grenzen und zu dem bestimmten Zwecke ausgeübt werden, auch nur von Zeit zu Zeit, wenn sie nicht für immer eingeräumt worden ist (*servitus continua* und *discontinua*) [3].

---

2) *Fr.* 15. §. 1. *D.* 8, 1. „*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis — — — sed ut aliquid patiatur, aut non non faciat.*“ Alle Verbindlichkeiten und Lasten, wo kein unmittelbar auf die dienende Sache sich beziehendes Recht zum Grunde liegt, sondern eine persönliche Leistung des Eigenthümers vorausgesetzt wird, sind daher nicht als Servituten zu betrachten (*servitus in faciendo consistere nequit*). Vgl. vorzüglich Donellus *libr.* IX. *c.* 21. (Die persönliche Freiheit bringt es mit sich, dafs Jemand zu positiven Handlungen nur durch ein vorübergehendes obligatorisches Verhältnifs genöthiget werden kann.)

3) Vgl. besonders Thibaut §. 604.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Von den persönlichen Servituten.

Erstes Capitel.

Vom Ususfruct.

Inst. II, 4. *Dig.* VII, 1. *Cod.* III, 33.

Donelli *Commentarii Lib. X. c.* 2—21. — M. Ant. Galvani *Disputatt. de usufr. ed. novissima. Tubing.* 1788. — Ger. Noodt *de usufructu libri* II. (in *Operib. T.* I.) — Jac. Winckelmann *de usufr. Lugd. Bat.* 1710.

§. 184.

Ususfruct (Niefsbrauch) ist das dingliche Recht, eine fremde Sache unbeschadet ihrer Substanz völlig zu gebrauchen. Es ist also 1) das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, denn ohne diese Bestimmung würde der Ususfruct keine Servitut seyn [1]); 2) völlig zu gebrauchen, d. i. allen Nutzen davon zu ziehen und alle Früchte derselben sich zuzueignen; 3) unbeschadet der Substanz, denn der Nutzniefser hat keinen Theil an der Proprietät und darf daher so wenig eine Veräusserung vornehmen, als sich eine die Form oder Qualität der

1) Es wird auch dadurch angezeigt, dafs der Eigenthümer das ungetheilte Eigenthum behält, und dafs blofs der Ususfruct von der Proprietät getrennt wird. Das *ius utendi fruendi* des Eigenthümers selbst (s. §. 162.) pflegt man *ususfructus causalis* zu nennen.

Digitized by Google

fructuarischen Sache aufhebende, wenn gleich vortheilhafte Veränderung erlauben [2]).

§. 185.

I) *Constitution.*

A) Durch unmittelbar gesetzliche Vorschrift.

Unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift wird ein Ususfruct in folgenden Fällen begründet: 1) der Vater soll vermöge der väterlichen Gewalt den Nieſsbrauch an den Adventitien seiner Kinder haben und denselben auch bei der Emancipation zur Hälfte beibehalten. Es tritt dabei die Singularität ein, daſs er so wenig Satisdation zu leisten, als nach geendigtem Ususfruct Rechnung abzulegen braucht [1]). 2) Der zur zweiten Ehe schreitende Gatte soll zum Vortheil der Kinder erster Ehe die Proprietät alles dessen verlieren, was sowohl durch die Freigebigkeit des ersten Ehegatten, als durch die Beerbung eines Kindes erster Ehe auf ihn gekommen ist und daran bloſs den lebenslänglichen gesetzlichen Nieſsbrauch behal-

---

2) *Fr.* 13. §. 4. 6. 7. 8. *Fr.* 44. 61. *D.* 7, 1. *c.* 6. 9. *C.* 3, 33. Die einzige Schwierigkeit macht der §. 5. des angeführten *Fr.* 13. der mit den in der letzten Hälfte vorkommenden Worten: „*Etsi forte — — poterit*“ sich selbst und den vorhergehenden Paragraphen zu widersprechen scheint. Noodt *de usufr.* I, 6. und *Observatt.* I, 9. will diese Stelle, die sich in allen Handschriften so wie in den Basiliken findet, ohne Weiteres als ein *glossema veteris interpretis* wegstreichen. Feuerbach in den civilistischen Versuchen (Giessen 1803.) Th. I. S. 135. hat die ganze Schwierigkeit durch veränderte Interpunction sehr glücklich gehoben, indem er hinter *nocebit* das Punctum wegläſst und dasselbe hinter *quae fuerunt* setzt, so daſs nun mit *Forsitan* ein neuer Satz beginnt.

1) §. 1. 2. *I.* 2, 9. *c.* 6. 8. *C.* 6, 61. (vgl. §. 94.)

Digitized by Google

ten [2]). 3) Endlich soll die dürftige Ehefrau den ihr durch ausserordentliche Succession zufallenden Erbtheil, im Fall sie mit eigenen Kindern concurrirt, gleichfalls nur *iure ususfructus* erwerben [3]).

§. 186.

B) Durch Privathandlung.

1) Wer hat das Recht einen Ususfruct zu constituiren?

Nach den Grundsätzen des eigentlichen Civilrechts kann nur der Eigenthümer eine Servitut überhaupt, und also auch einen Ususfruct constituiren, indessen will der Prätor auch den vom Emphyteuta und Superficiar ertheilten Ususfruct durch utile Klagen schützen. Sollte aber der Eigenthümer oder sonst dazu Berechtigte schon Jemanden den Ususfruct eingeräumt haben, so kann er dieses Recht, abgesehen von dem Falle eines Legates [1]), nicht noch einem Andern gestatten, da er jetzt nicht mehr befugt ist, das wohlerworbene Recht des ersten Usufructuars zu beschränken oder ganz aufzuheben [2]). Be-

2) *c.* 6. §. 3. *ibique Auth. C.* 5, 9. *Nov.* 22. *c.* 23. (vgl. §. 83.)

3) *Nov.* 117. *c.* 5. (Das Nähere darüber s. unten im Erbrechte.)

1) Dafs durch den letzten Willen des Eigenthümers von Neuem ein Usufruct als Legat hinterlassen werden könne, ist ganz unbedenklich, denn der legirte Usufruct fängt erst in dem Augenblicke an wirksam zu seyn, wo der vorher constituirte Usufruct aufgehört hat. *Fr.* 63 72. *D.* 7, 1. „*Si dominus nudae proprietatis usumfructum legaverit, verum est: quod Maecianus scripsit — valere legatum: et si forte in vita testatoris, vel ante aditam hereditatem proprietati accesserit, ad legatarium pertinere. Plus admittit Maecianus etiam si post aditam hereditatem accessisset ususfructus, utiliter diem cedere et ad legatarium pertinere.*“

2) Es gilt die von Ulpian im *Fr.* 17. §. 1. *D.* 7, 1. aufgestellte allgemeine Regel: „*ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius.*“

Digitized by Google

stritten is es zwar, ob der Eigenthümer an der fructuarischen nicht eine andere Servitut, als den Ususfruct bestellen könne? nach der richtigen Meinung mufs man aber zwischen einer dem Fructuar nachtheiligen und nicht nachtheiligen Servitut unterscheiden; die erstere kann der Eigenthümer nur mit dem Willen des Fructuars, die letztere hingegen ohne Zweifel auch wider dessen Willen constituiren [3]).

§. 187.

2) An welchen Sachen findet ein Ususfruct Statt?

So wie überhaupt jede Servitut nur an eigentlichen Sachen zustehen kann, läfst sich auch nur ein Ususfruct daran constituirt denken und ein Ususfruct einer andern Servitut findet daher nicht Statt (vgl. §. 183. n. 1.) Uebri-

---

3) Die Gesetze, auf deren Auslegung es hier ankommt, sind *Fr.* 15. §. 7. und *Fr.* 16. *pr.* D. 7, 1. Sie lauten zusammenhängend also: „*Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. Nisi qua deterior fructuari conditio fiat.*“ Die Holländischen Civilisten van Eck und Bynkershoek wollen ohne Grund das *ne quidem* in *equidem* verwandeln. Schon Connanus *in Comm.* IV, 5. §. 3. und nach ihm Wieling *in Lectionib. iur. civil. cap.* 8. haben aber sehr richtig gezeigt, dafs Ulpian in dem *Fr.* 15. §. 7. *pr.* von einer dem Fructuar nachtheiligen Servitut redet, in dem *Fr.* 15. §. 7. *in f.* aber, und eben so Papinian im *Fr.* 16. *D. cit.* von einer dem Fructuar nicht nachtheiligen Servitut, die als solche *proprietatis tantum causam afficit non usumfructus.* Das „*ne quidem*“ heifst nemlich nach dem römischen Sprachgebrauche so viel als *etiam non* und „*nisi*“ so viel als *duntaxat.* Vgl. Cicero *ad Attic.* VI, 1. „*Ne ad Catonem quidem provocabo*“ statt *etiam ad Caton. non provocabo*, *de Legib.* I, 20. „*Hic nisi (duntaxat) quod honestum esset, putavit bonum.*“ (Thibaut §. 621. nimmt hier zu einer Subtilität der Römer seine Zuflucht.)

Digitized by Google

gens kann der Ususfruct in der Regel nur an solchen Sachen Statt finden, welche durch den Gebrauch, wozu sie bestimmt sind, nicht verbraucht werden (*res non fungibiles*), einerlei ob sie beweglich oder unbeweglich, leblos oder lebendig sind [1]). Vertretbare Sachen hingegen sind an und für sich kein Gegenstand des Ususfructus, theils weil, dem obigen Begriffe zuwider, die Substanz derselben durch den Gebrauch aufhört, und theils weil dieselben, ihrer Species nach, in das Eigenthum des Empfängers übergehen; dennoch soll aber, der gesetzlichun Bestimmung zufolge, auch bei diesen Sachen ein s. g. Quasi-Ususfruct Statt finden [2]).

§. 188.

Vom Quasi-Ususfruct.

§. 2. *I.* II, 4. *Dig.* VII, 5.

Zum Quasiususfruct gehören, wie gesagt, alle vertretbaren Sachen, d. i. solche, die erst durch ihre Verbrauchung oder Verarbeitung Nutzen bringen. Geprägtes Geld kann man nur uneigentlich hierher rechnen [1]), und ob Kleidungsstücke im Zweifel zum Quasiususfruct gehören, ist wenigstens bestritten [2]). Das Recht des Quasi-

1) §. 2. *I.* *Fr.* 3. §. 1. *Fr.* 7. 28. 41. *D. h. t.*

2) *Fr.* 1. *D.* 7, 5. „*Senatus censuit: ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. Quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur possit ususfructus legari.*“

1) §. 2. *I. h. t.* „(*pecunia numerata*) *ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur.*“ Vergl. *Fr.* 5. §. 1. *D. eod.* Car. Frid. Häberlin *de usufructu pecuniae. Erl.* 1783.

2) Hofacker nimmt lediglich auf den Willen des Concedenten Rücksicht. Thibaut sagt: Kleider sind nach Justinian's Ansicht im Zweifel *quasi in usufructu.* Der alte Doneau behauptet gerade das Gegentheil. Das *Fr.* 15.

Digitized by Google

ususfructes selbst besteht darin: dafs der Eigenthümer nicht blofs den Gebrauch der Sache, sondern auch die Proprietät und die daraus hervorgehende Befugnifs zur Consumtion der Sache auf den Berechtigten überträgt; dafs aber der Letztere dagegen eine unerlafslich nothwendige Caution leisten mufs, wodurch derselbe auf den Fall seines natürlichen oder bürgerlichen Todes verspricht, eben so viel von derselben Gattung und Güte restituiren, oder den Preis ersetzen zu wollen, auf welchen die befragte Sache bei der Uebergabe geschätzt worden ist [3]). Da übrigens bei dem Quasiususfruct, eben so wie beim Mutuum, mit der Proprietät auch die Gefahr der Sache übergeht, so erklärt es sich, warum durch Untergang der Sache und durch Nichtgebrauch der Quasiususfruct nicht beendigt wird, denn Untergang der Sache oder Consumtion ist gerade Zweck desselben und der Nichtgebrauch hängt hier lediglich von der Willkühr des Berechtigten, als Eigenthümers, ab.

§. 189.

3) Auf welche Art geschieht die Constitution?

Der Privat Ususfruct kann constituirt werden: 1) durch Vertrag, wobei durch Uebergabe der Sache und zugelas-

---

§. 4. *D.* 7, 1. und *Fr.* 9. §. 3. *D.* 7, 9. scheinen auch wirklich mit dem §. 2. *I. cit.* in Widerspruch zu stehen, wenn man nicht eine künstliche Interpretation aufstellen und behaupten will: Justinian habe metonymisch die Sache genannt, statt des Stoffes, woraus sie bereitet werde. Vergl. *Fr.* 69. *D.* 32. „*Plerumque homines abusive loquuntur, nec propriis nominibus aut vocabulis semper utuntur.*“

a) *Fr.* 7. 8. *D. h. t.* Nicht einmal der Testator kann diese Caution erlassen, und wenn der Fructuar nicht cavirt, so kann eine *condictio ob causam dati causa non secuta* angestellt und alternativ entweder Restitution der Sache oder nachzuhohlende Caution verlangt werden. *Fr.* 6. *D.* 36, 4. *c.* 1. *C.* 3, 33.

Digitized by Google

sene Ausübung des Rechts, das Recht selbst als übertragen angenommen wird [1]; 2) durch letzten Willen, indem der Ususfruct als Legat hinterlassen wird und, als solches, *ipso iure* auf den Fructuar übergeht [2]; es sind dabei folgende drei Fälle [3] zu unterscheiden: *a*) wenn der Testator schlechthin den Ususfruct einer Sache legirt hat, so behält der Erbe die Proprietät; *b*) wenn er umgekehrt die Sache mit Abzug des Nieſsbrauchs (*deducto usufructu*) legirt hat, so bekommt der Legatar die Proprietät und der Erbe behält den Ususfruct; *c*) wenn er endlich Einem den Ususfruct einer Sache und einem Andern dieselbe Sache mit Abzug des Ususfructus legirt hat, so bekommt der eine Legatar den Ususfruct, der andere die Proprietät, der Erbe nichts. Hat der Testator nicht hinzugefügt, daſs der Andere die Sache ohne den Ususfruct haben solle, so concurriren die beiden Legatarien im Ususfruct [4] und es findet unter ihnen ein Recht des Zuwachses Statt; nur derjenige erhält aber die Proprietät, dem die Sache schlechthin legirt worden ist. — Die Privatconstitution des Nieſsbrauchs kann übrigens sowohl unbedingt, als bedingt und bis zu einer gewissen Zeit [5], sowohl getheilt

---

1) *Fr.* 3. *pr. D.* 7, 1. vgl. §. 138. Note 6.

2) *Fr.* 64. *D.* 47, 2. „*quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.*

3) Vgl. §. 1. *I.* 2, 4. *Fr.* 6. *D.* 7, 1.

4) Nicht so bei der Adjudication, wenn nemlich der Richter Einem den Ususfruct, dem Andern die Sache selbst, auch ohne hinzugefügt zu haben: mit Abzug des Nieſsbrauchs, zuerkannt hat, so wird der Ususfruct nicht gemeinschaftlich, weil hier das ganze Geschäft auf Theilung berechnet ist. *Fr.* 16. §. 1. *D.* 10, 2. *Fr.* 6. §. 10. 11. *D.* 10, 3.

5) Anders bei dinglichen Servituten. Vergl. *Fr.* 4. *D.* 8, 1. *Fr.* 30. *D.* 33, 2.

Digitized by Google

als ungetheilt erfolgen [6]); auch kommt es nicht auf die Worte an, wenn nur die Absicht, einen Ususfruct zu bestellen, deutlich daraus hervorgehet [7]).

§. 190.

C) Durch richterliche Handlung und durch Verjährung.

Auch der Richter ist bei den Theilungsklagen befugt, einen Ususfruct zu constituiren, weil die Trennung des Ususfructus von der Proprietät als eine Art der Theilung angesehen wird [1]). Der Richter ist aber dazu nur aus besonderen Gründen befugt, insonderheit bei solchen Sachen, die keine eigentliche Theilung zulassen und, um die nöthige Ausgleichung zu bewirken, finden gewöhnlich noch auferlegte Leistungen in Gelde Statt [2]). Endlich soll, auch der Ususfruct, wie jede andere Servitut, durch Usucapion unter den gehörigen Voraussetzungen erworben werden können [3]). (vgl. §. 146. Note 1.)

§. 191.

---

6) *Fr.* 5. *D.* 7, 1. Ueber die bei andern Dienstbarkeiten nicht Statt findende Theilbarkeit s. *Fr.* 1. §. 9. *D.* 35, 2. *Fr.* 72. *D.* 45, 1. vgl. mein R. d. Forderungen S. 80.

7) *Fr.* 14. §. 1. *D.* 7, 8. „*Ususfructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest*“ etc.

1) *Fr.* 6. §. 1. *D.* 7, 1. „*Constituitur adhuc ususfrutus et in iudicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usumfructum.*“ *Fr.* 16. §. 1. *D.* 10, 2.

2) §. 4. *I.* 4, 17. „— — *si in alterius persona praegravare videatur condemndtio: debet hunc invicem coheredi certa pecunia* — — *condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percecperit*“ etc.

3) *c.* 12. *in f. C.* 7, 33. „*Eodem* (*iure usucapionis*) *observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes.*“

Digitized by Google

§. 191.

II) *Wirkungen.*

A) Von den im Ususfruct enthaltenen Rechten und Verbindlichkeiten.

1) Rechte des Fructuars.

Um die Rechte des Fructuars überhaupt bestimmen zu können, mufs vor allen Dingen auf die Art der Constitution [1]) und die bei der Ausübung vorgeschriebenen Grenzen [2]) Rücksicht genommen werden. Davon abgesehen, hat 1) der Fructuar vor allen Dingen den natürlichen Besitz, die Detention [3]) der fructuarischen Sache, weil er sonst die Sache nicht frei würde gebrauchen und benutzen

---

1) Wenn z. B. Einem der Usus, einem Andern der Ususfructus desselben Grundstückes eingeräumt worden ist, so kann der Fructuar nur auf dasjenige als Fructus Anspruch machen, was der Usuar übrig läfst, wiewohl er selbst mit im Usus concurrirt, *Fr.* 42. *pr. D.* 7, 1.; ausgenommen wenn der Ususfruct erst nachher constituirt worden ist, denn alsdann kann der Fructuar den Usus gar nicht verlangen. *Fr.* 14. §. 3. *D.* 7, 8.

2) Vgl. z. B. *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 6. *D.* 8, 3.

3) In dem *Fr.* 6. §. 2. *D.* 43, 26. *Fr.* 12. *pr. D.* 41, 2. wird dem Fructuar ausdrücklich nur ein natürlicher Besitz beigelegt, ob er gleich dieselben Interdicte hat, die bei dem eigentlichen Besitze gelten. von Savigny §. 23 bemerkt, dafs dieses auf einer zufälligen Ausdehnung der possessorischen Interdicte beruhe. — Hinsichtlich der fructuarischen Sache selbst kann der Fructuar keinen *animus domini*, also auch keinen juristischen Besitz (*possessio*) haben, dagegen aber hat er in Beziehung auf den Ususfruct eine *iuris quasi possessio*, und diese wird, wie die eigentliche *possessio* mit den possessorischen Interdicten geschützt (vgl. §. 54.) — Dafs der Fructuar keine *possessio civilis* habe, versteht sich von selbst, vgl. §. 4. *v.* „*Fructuarius*“ *I.* 2. 9. *c.* 8. *C.* 3, 33.

Digitized by Google

können; 2) das Recht auf die so genannten *adminicula ususfructus*, d. h. auf Alles dasjenige, ohne welches der Fructuar nicht zu der fructuarischen Sache gelangen oder dieselbe nicht gebrauchen kann [4]); 3) das Recht des Gebrauches und Genusses der Sache selbst. — Gebrauchen heifst, eine Sache zu dem Zwecke anwenden, wozu sie bestimmt ist; geniefsen, sich zueignen, was man nur als natürliche oder bürgerliche Frucht der Sache betrachten kann. Namentlich gehören daher zum Ususfruct auch die jungen Thiere, nicht aber die Sclavenkinder (*vernae*) [5]); eben so wenig die auf dem Grundstücke befindlichen *arbores grandes*, und überhaupt nicht die *arbores sylvae non caeduae*, dergestalt dafs der Fructuar diese Bäume willkührlich umhauen und sich zueignen könnte [6]). — Im Ususfruct einzelner Sachen sind aber begriffen: 1) alle Theile derselben, ohne Unterschied ob sie ursprünglich schon vorhanden waren, oder in der Folge erst allmählich hinzugekommen sind, z. B. durch Alluvion [7]); 2) die der

4) Gesetzliche Beispiele sind: der *aditus ad rem fructuariam* und die defshalb nöthigen *servitutes itineris*, *viae* u. s. w., ferner *in servos fructuarios modica coërcitio. Fr.* 1. §. 1. *D.* 7, 6.

5) §. 37. *I.* 2, 2. „*Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura, gratia hominum comparaverit.*“ *Fr.* 68. *D.* 7, 1. Jo. Chr. Fr. Meister *prolusio ad L.* 68. *pr. D. de usufr. nec non ad L.* 28. §. 1. *de usuris. Tr. cis Viadr.* 1810.

6) *Fr.* 11. 13. §. 4. *D.* 7, 1. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Fructuar nothwendige Baumaterialien (nicht *lignum*, sondern *materia*) zur Wiederherstellung eines Gebäudes braucht (*Fr.* 12. *pr. D. eod.* vergl. *Fr.* 55, *pr. D.* 32.) und wenn Bäume abgestorben sind, wogegen er aber neue anpflanzen mufs. Die *arbores tempestate deiectae* kann er nur „*usque ad usum suum et villae*“ wegnehmen. Vgl. *Fr.* 12. *pr. D citat.*

7) *Fr.* 9. §. 4. *D.* 7, 1. „*Nam ubi latitet incrementum, et usus-fructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.*“

Digitized by Google

fructuarischen Sache wegen angeschafften Geräthe [8]; 3) der Ertrag von den auf dem Grundstücke befindlichen wilden Thieren [9] und von den unterirdischen Naturproducten [10]; 4) Sachen, die durch ihren Gebrauch und ihre Bestimmung sonst dazu gerechnet werden müssen [11]. — Der Gebrauch und Genufs selbst erfolgt bei natürlichen Früchten durch die Perception, d. h. durch eine vom Fructuar selbst unmittelbar oder mittelbar vorgenommene Trennung derselben von der fruchtbringenden Sache [12]; bei den bürgerlichen Früchten entweder von selbst (*ipso iure*), oder durch eine Handlung des Fructuars, z. B. durch dessen Verkauf, Vermiethung u. s. w. Auch die ganze Ausübung seines Rechts darf der Nutznieſser verpfänden und einem Andern überlassen; begreiflicher Weise mufs aber das Recht selbst in seiner Person unverändert bleiben [13].

§. 192.

2) Verbindlichkeiten des Fructuars.

Dem Fructuar liegt überhaupt die Verbindlichkeit ob, die fructuarische Sache als ein guter Hausvater zu benutzen. Er mufs daher die Sache in dem Zustande erhalten, worin sie ihm zum Nieſsbrauch ertheilt ist und zu dem Ende nicht nur die gehörige Sorgfalt darauf verwenden, sondern auch das schadhaft Gewordene auf seine

8) *Fr.* 9. §. 7. *D. eod. Fr.* 8. *D.* 33, 7.

9) *Fr.* 1. §. 1. 5. *D.* 7, 1. Vgl. Noodt *de usufr.* I, 7. *Observatt.* I, 10.

10) *Fr.* 9. §. 2. *Fr.* 13. §. 5. *D. eod.* Auf den gefundenen Schatz kann jedoch der Fructuar keinen Anspruch machen. Vergl. *Fr.* 7. §. 12. *D.* 24, 3.

11) Vgl. *Fr.* 9. §. 7. *Fr.* 10. *D.* 7, 1.

12) Anders ist nach dem Obigen das Recht beim *bonae fidei possessor* zu bestimmen, der die *fructus, mox quam a solo separati sunt*, erwirbt. Vgl. §. 181.

13) §. 3. *I.* 2, 4. Vgl. *Fr.* 67. *D.* 7, 1. *c.* 6. *C.* 3, 33.

Digitized by Google

Kosten repariren, so fern die dazu nöthigen Kosten unmittelbar auf den Genuſs der Sache abzwecken und damit in einigem Verhältniſs stehen [1]). Eben so muſs er in der Regel alle auf der fructuarischen Sache haftenden Lasten tragen; sollten sie aber den Ertrag der Früchte übersteigen [2]), so steht es ihm frei, den Nieſsbrauch aufzugeben [3]). Nach geendigtem Nieſsbrauch ist der Fructuar, oder (gewöhnlich) sein Erbe schuldig, die fructuarische Sache wieder herauszugeben. — Um den Eigenthümer wegen dieser Verbindlichkeiten gehörig sicher zu stellen, ist der Fructuar, abgesehen von einigen gesetzlichen Ausnahmen [4]), jederzeit schuldig eine Caution [5]) zu bestellen, wovon ihn selbst der Testator nicht befreien kann [6]). Von mehrern Fructuarien muſs jeder für seinen Theil

---

1) *Fr.* 7. §. 2. *Fr.* 64. 65. *D.* 7, 1.

2) *Fr.* 7. §. 2. *Fr.* 27. §. 3. *Fr.* 52. *D. eod.*

3) *Fr.* 48. *pr. Fr.* 64. *D. eod.* (Mehrere Rechtsgelehrte erlauben sogar dem Fructuar, seine den ganzen Nieſsbrauch übersteigenden Auslagen zurückzufordern. Leyser *spec.* 106. *m.* 3. Voetius VII, 1. §. 38.)

4) Die gesetzlichen Ausnahmen treten ein: 1) beim Vater als Fructuar der Adventitien, *c.* 6. §. 2. *C.* 6, 61. vergl. §. 185.; 2) beim Legatar, dem der Ususfruct unbedingt, das Eigenthum aber erst nach einer gewissen Zeit legirt ist, *Fr.* 9. §. 2. *D.* 7, 9.; 3) beim Fiscus, der einen Ususfruct erworben hat. *Fr.* 1. §. 18. *D.* 36, 3. (Nach dem Gerichtsgebrauche soll diese Caution auch beim Schenker wegfallen, der sich an der geschenkten Sache den Nieſsbrauch vorbehalten hat. Vgl. Cocceji *ius civ. controv.* VII, 9. *qu.* 3.)

5) *Dig.* VII, 9. Donellus *Libr.* X. *c.* 14. Uebrigens ist die Caution bei allen persönlichen Dienstbarkeiten nothwendig. *Fr.* 5. §. 1. *D. h. t.*

6) *c.* 1. *C.* 3, 33. *c.* 7. *C.* 6, 54.

Digitized by Google

caviren [7]). Die Caution wird gewöhnlich durch Bürgen geleistet (*satisdatio*), sie ist darauf gerichtet: „*et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit*“ [8]) und sie kann durch Retention, oder durch eine dingliche oder persönliche Klage erzwungen werden [9]).

§ 193.

3) Rechtsmittel.

a) Im Allgemeinen.

Im Allgemeinen kann 1) der Fructuar die ihm zustehenden Rechte gegen alle, sowohl vom Eigenthümer selbst, als von einem Dritten herrührenden, Hindernisse schützen und im Streite durchsetzen. Diese Hindernisse können aber wieder sowohl gegenwärtige als künftige seyn und durch jene der Besitz entweder blofs gestört oder gänzlich entzogen werden. Die darauf sich beziehenden Rechtsmittel sind, ausser der nachher besonders darzustellenden *actio confessoria*, die gewöhnlichen possessorischen Interdicte: *uti possidetis* und *de vi*. (vergl. §. 191. Note 3.) Sollte ein dem Fructuar nachtheiliges Werk heimlich oder gewaltsam bereits vollendet seyn, so findet das *Interd. quod vi aut clam* Statt. (s. §. 164.) Künftige Hindernisse sind, eben so wie bei der Ausübung des Eigenthumes, zu befürchten: entweder von der Anlegung eines neuen Werkes, oder von baufälligen Gebäuden, daher dem Fructuar eine *novi operis nunciatio*, *procura-*

---

7) *Fr.* 13. *pr. D.* 7, 1. Nur derjenige ist natürlich ausgenommen, „*qui rogatus est partem suam restituere.*“ *Fr.* 9. *pr. D. h. t.* Vgl. *Fr.* 71. *D.* 50, 16.

8) *Fr.* 1. *D.* 7, 9.

9) *Fr.* 7. *D. eod. Fr.* 13. *pr. D.* 7, 1.

Digitized by Google

torio nomine [1]), so wie eine *damni infecti stipulatio utilis* [2]) gestattet wird. — 2) Der Proprietar, auf der andern Seite, läugnet entweder dafs der angebliche Nutznieſser das Recht des Ususfructus habe, oder er will blofs die oben beschriebenen Verbindlichkeiten des Fructuars durchsetzen und gerichtlich verfolgen. In dem ersten Falle findet die *actio negatoria* statt (s. den folg. §.); in dem letzten aber giebt es, nach Verschiedenheit der Ansprüche, verschiedene Rechtsmittel. Wenn nemlich der Fructuar die Sache nicht auf die gehörige Weise gebraucht, so kommt es darauf an, ob der Zustand der fructuarischen Sache dadurch schlechter wird oder nicht. Findet keine Deterioration der fructuarischen Sache statt, so kann zwar nicht aus der vom Fructuar geleisteten Caution geklagt werden, weil diese nur auf Beschädigungen sich beziehet, wohl aber kann der Eigenthümer wegen der die Substanz afficirenden, wider seinen Willen vorgenommenen, wenn gleich vortheilhaften Veränderungen, mit der *rei vindicatio* die fructuarische Sache wieder fordern und die dagegen vorgeschützte *exceptio ususfructus constituti* mit einer *replica doli* entkräften [3]). Wird hingegen der Zustand der Sache vom Fructuar deteriorirt, so kann in folgenden Fällen blofs aus der geleisteten fructuarischen Caution geklagt werden: *a*) wenn die Sache durch Nachlässigkeit, nicht aber durch positive Beschädigung des Fructuars zu Grunde gegangen ist: *b*) wenn er sie nicht in dem Zustande erhält, worin sie ihm zum Ususfruct ertheilt ist; *c*) wenn er die auf der fructuarischen Sache haftenden Lasten nicht abträgt. In andern Fällen treffen aber damit noch andere Rechtsmittel zusammen: *Actio legis Aquiliae*, *Interd. quod vi aut clam*, *actio furti* und *condictio furtiva*, *rei vindicatio*.

1) *Fr.* 1. *in f. D.* 39, 1. *Fr.* 2. §. 4. *D.* 43, 25.
2) *Fr.* 13. §. 8. *D.* 39, 2.
3) *Arg. Fr.* 7. *D.* 7, 9.

Digitized by Google

§. 194.

b) Insonderheit von der *Actio confessoria* und *negatoria*.

Dig. VII, 6. VIII, 5.

Donellus *Libr.* X. *c.* 15. 16.

Die auf sämmtliche Dienstbarkeiten, als solche, sich beziehenden ordentlichen Rechtsmittel, welche hier beim Usufruct, des Zusammenhanges wegen, ein für allemal dargestellt werden sollen, sind die *actio confessoria* und *negatoria*. Bei jener tritt derjenige als Kläger auf, der eine Dienstbarkeit für seine Person, oder für sein Grundstück in Anspruch nimmt [1], und Beklagter ist Jeder, der die Ausübung der befragten Servitut stört und verhindert [2]; bei dieser hingegen klagt der Eigenthümer, der, gestützt auf die natürliche Freiheit, die vom Beklagten in Anspruch genommene persönliche oder dingliche Dienstbarkeit läugnet. Beide Klagen können selbst dann angestellt werden, wenn der Kläger sich im Quasi-Besitze der Servitut oder Freiheit befinden sollte [3], da sonst bekanntlich bei jeder dinglichen Klage, von Seiten des Klägers vorausgesetzt wird, dafs er nicht im

---

1) Da, mit Ausnahme des Usufructus „*servitutum causa individua est*“, so kann die Klage bei mehrern Berechtigten von jedem Einzelnen *in solidum* angestellt werden. Vgl. jedoch *Fr.* 4. §. 3. *D.* 8, 5.

2) *Fr.* 10. §. 1. *D.* 8, 5. Das Hindernifs kann übrigens sowohl mittelbar als unmittelbar erfolgen. *Fr.* 4. §. 5. *D. eod.*

3) *Fr.* 5. § 6. *D.* 7, 6. *Fr.* 6. §. 1. *D.* 8, 5. Dieses ist der Fall, den Justinian im §. 2. *I.* 4, 6. mit den Worten andeutet: „*Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*“ Vgl. Ant. Faber *in coniectur.* XX, 13. Emminghaus *ad Cocceji ius civ. controv.* VIII, 5. *qu.* 1.

Digitized by Google

Besitze sey. Die Negatorienklage [4]) kann *utiliter* auch vom Stellvertreter des wahren Eigenthümers, d. i. vom Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger, ja selbst vom Fructuar (*procuratorio nomine*) angestellt werden [5]). Der Zweck und Inhalt der Klagen ist: nicht nur dafs entweder die Servitut oder die natürliche Freiheit selbst gerichtlich zuerkannt, gehörig restituirt und durch eine zu leistende Caution für die Zukunft gesichert werde [6]); sondern auch dafs der durch die Störung der Servitut oder natürlichen Freiheit entgangene Vortheil und zugefügte Schade ersetzt werde [7]). Was, nach gehörig erfolgter *legitimatio ad causam*, den Beweis in der Hauptsache betrifft, so kommt es darauf an: ob die Parteien sich wechselseitig eine Servitut streitig machen, oder ob der Streit zwischen dem Eigenthümer oder dessen Stellvertreter, und dem der sich die Servitut anmaafsen will, geführt wird. In dem letzteren Falle ist der Eigenthümer u. s. w., auch wenn er bei der Negatorienklage als Kläger auftritt, *ob praesumtionem libertatis naturalis*, von der Beweislast befreiet [8]).

---

4) Bisweilen wird die *a. negatoria* auch *negativa* und *contraria* genannt. Vgl. §. 2. *I.* 4, 6. *Fr.* 5. *pr. D.* 7, 6.

5) *Fr* 16. *D.* 8, 1. *Fr. un.* §. 4. *D.* 43, 25. *Fr.* 1. *pr. Fr.* 5. §. 1. *D.* 7, 6 *Fr.* 1 *in f. Fr.* 2. *D.* 39, 1. — (Hinsichtlich einer den Ususfruct hindernden Servitut kann jedoch der Fructuar die confessorische Klage begreiflicher Weise *suo iure* anstellen. Vgl. *Fr.* 5. *pr. D.* 7, 6.)

6) Die Alternative im *Fr.* 7. *D.* 8, 5. „*ut victori officio iudicis aut res praestetur, aut cautio*“ ist conjunctiv zu verstehen, wie aus dem Ende des Fragmentes „*si vero neque rem praestet neque cautionem*“ erhellet. Vergl. *Fr.* 53. *D.* 50, 16.

7) *Fr.* 4. §. 2. *Fr.* 18. *D. eod.* (*Fructus servitutis et libertatis.*)

8) Ob in jedem Falle, auch wenn der Beklagte sich im ordentlichen Besitze befindet? ist bestritten. Vgl. Hu-

§. 195.

III) *Aufhebung.*

A) Von der Aufhebung an und für sich.

Dig. VII, 4.

Der Usufruct wird aufgehoben: 1) wenn das widerrufliche Recht des Constituenten aufhört (*soluto iure auctoris*) [1]; 2) wenn die bei der Constitution Statt gefundene Voraussetzung wegfällt (*lege constitutionis*) [2]; 3) wenn die Natur des Nieſsbrauches selbst es mit sich bringt, und hier kann der Grund liegen: *a*) entweder in der Person des Fructuars; dahin *α*) der natürliche und bürgerliche Tod (*capitis deminutio maxima* und *media*) desselben [3], *β*) die Dereliction des Rechts [4], und *γ*) der Nichtgebrauch (*non usus*) [5]; *b*) oder in der Sache

---

feland Beitr. zur Berichtig. des positiven Rechts St. IV. *nr.* 10. Weber Beiträge zu der Lehre von den Klagen u. Einred. St. II. III. *n.* 16. K. Chr. Wilh. Klötzer Versuch eines Beitrages zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, insbesondere bei angestellter *actio confessoria* und *negatoria*. Jena 1813.

1) Vergl. *Fr.* 16. *D.* 7, 4.

2) §. 4. *I.* 2, 4. *Fr.* 15. *D. eod.*

3) §. 3. *I.* 2, 4. *Fr.* 3. §. 3. *D.* 7, 4. *c.* 16. §. 2. *C.* 3, 33. — Wenn Jemanden für sich und seine Erben der Usufruct constituirt worden, so ist dieses als ein doppelter Usufruct anzusehen, jedoch so, daſs im Zweifel nur die ersten Erben zum Usufruct gelassen werden. *Fr.* 38. §. 12. *D.* 45, 1. *c.* 14. *C.* 3, 33. Der einer moralischen Person (*universitas*) eingeräumte Nieſsbrauch dauert, wenn sie nicht früher *morte quadam civili* aufhört, 100 Jahre. *Fr.* 56. *D.* 7, 1. *Fr.* 21. *D.* 7, 4.

4) *Fr.* 64. 65. *D.* 7, 1.

5) *c.* 13. *C.* 3, 34. Der bloſse *non usus* ist jedoch nicht hinreichend, sondern es muſs damit eine *usucapio libertatis* (*quasi*

Digitized by Google

selbst, dahin: α) gänzlicher Untergang [6]), β) gänzliche Veränderung [7]); c) oder in der erfolgten Vereinigung des Ususfructus mit der Proprietät (*consolidatio*) [8]). Wenn der Fructuar zu der Zeit stirbt, wo die Früchte zeitig, aber noch nicht percipirt sind, so können die Erben nur die Saatkosten vergütet verlangen [9]); bei den bürgerlichen Früchten aber mufs man unterscheiden, ob die Nutzungen, deren Surrogate die bürgerlichen Früchte sind, theilweise mit der Zeit gezogen werden [10]), oder zu einer gewissen Zeit auf einmal ganz [11]). — Noch ist zu bemerken, dafs sowohl die Aufhebung *ob non usum* als *ob*

---

possessio und *bona fides*) von Seiten des dienenden Theiles in Verbindung stehen, vgl. *c.* 16. §. 1. *C.* 3, 33: „*nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere.*“ s. Konopak Institut. §. 289.

6) *Fr.* 2. *D.* 7, 1.

7) *Mutatione tali, ut in aliam plane formam nomenque res transeat.* Ueber die besondern hierbei eintretenden Bestimmungen vgl. *Fr.* 5. §. 2. 3. *Fr* 10 §. 1. *D.* 7, 4. Der Ususfruct kann auch nur wieder aufleben, wenn ganz dieselbe Sache restituirt wird, die vorher existirte, z. B. *ager inundatus recessu fluminis*, *Fr.* 36. *pr.* *Fr.* 71. *D.* 7, 1. *Fr.* 23. 24. 26. *D.* 7, 4., nicht aber wenn eine neue, von der vorigen verschiedene, wenn gleich ähnliche Sache (z. B. ein neues Haus) an die Stelle tritt. *Fr.* 36. *D.* 7, 1. *Fr.* 10. §. 1. 7. *D.* 7, 4.

8) §. 3. *I.* 2, 4. (Bei dinglichen Servituten wird dieses *confusio* genannt. *Fr.* 30. *D.* 8, 2. *Fr.* 10. *L.* 8, 4. *Fr.* 1. *D.* 8, 6.)

9) §. 36. *I.* 2, 1. *Fr.* 12. §. 5. *D.* 7, 1. (vgl. §. 171. Note 2.)

10) *Fr.* 26. *D.* 7, 1. Voetius VII, 1. §. 30.

11) *Fr.* 58. *pr. D. eod.* Vergl. Günther *principia* §. 647. (Da alle bürgerlichen Früchte immer Surrogate des Nutzens sind, so scheint der von Thibaut §. 615. gemachte Unterschied nicht richtig zu seyn.)

Digitized by Google

mortem civilem nicht Statt findet, so lange „*dies nondum cessit*“; d. i. nicht vor eingetretener Zeit oder Bedingung, und beim legirten Ususfruct nicht vor angetretener Erbschaft [12]). Eben so können die erwähnten Aufhebungsarten des Ususfructus nicht ohne Unterschied Statt finden, wenn eine Wiederholung desselben (*repetitio ususfructus*) vorgefallen ist [13]). Eine Wiederholung kann aber entweder ausdrücklich auf den Fall des Verlustes, sowohl überhaupt, als in einem gewissen Falle erfolgt seyn, oder stillschweigend, wenn der Nieſsbrauch Jemanden auf sein ganzes Leben, oder auf eine gewisse Zeit, hinterlassen ist. Die Grundsätze, welche hier eintreten, sind folgende: 1) wenn die Repetition auf jeden Fall des Verlustes, oder auf das ganze Leben geschah, so kann der Ususfruct nur durch den natürlichen Tod des Fructuars oder durch den gänzlichen Untergang und die gänzliche Veränderung der Sache aufgehoben werden; 2) wenn bloſs auf einen gewissen Fall, so geht der Ususfruct auch nur in diesem Falle verloren; eben so 3) wenn auf eine gewisse Zeit, nur in dieser Zeit nicht. — Die bloſse Erwähnung der Zeit hat übrigens die stillschweigende Kraft der Wiederholung [14]).

§. 196.

B) Von den Wirkungen der geschehenen Aufhebung, insonderheit vom *ius accrescendi.*

Dig. VII, 2.
Donellus *libr.* VIII. *cap.* 23.

Wenn der Ususfruct auf irgend eine Art beendigt worden ist, so wird derselbe wieder mit der Proprietät,

12) Vgl. *T. T. D.* VII, 3. *Fr.* 1. §. 1. *D.* 7, 4.

13) Vgs. *Fr.* 2. §. 1. *Fr.* 3. 5. *pr. D.* 7, 4. Donellus X, 22. 23.

14) Bei dem *alternis diebus* oder *in dies annosve singulos* hinterlassenen Ususfruct tritt auch der bekannte Grund ein, daſs das Recht desselben *non simul et semel, sed per tempora adiecta cedit.*

Digitized by Google

von der er bisher getrennt war, vereinigt. Bei dem legirten [1]) Ususfruct findet jedoch, wenn mehrere hinsichtlich desselben Niefsbrauchs Verbundene (*coniuncti in eodem usufructu*) vorhanden sind, ein besonders bestimmtes Recht des Zuwachses Statt [2]). Die hierbei eintretenden vorzüglichsten Abweichungen von der gewöhnlichen Natur des Zuwachsrechtes sind folgende: 1) das *ius accrescendi* kommt auch dann zur Anwendung, wenn der eine Fructuar seinen Theil bereits erworben hat und dieser erworbene Theil nachher verloren geht. (*Ius accrescendi etiam post realem concursum locum habet.*) Der Grund ist, weil der Ususfruct, wenn gleich einer Sache, doch als ein vielfacher gedacht werden mufs, der auf den einzelnen, mit jedem Tage sich erneuernden Handlungen des Berechtigten beruhet; wenn daher auch der schlechthin hinterlassene Ususfruct, hinsichtlich seines rechtlichen Anfanges nur als ein einziger erscheinet, so wird er doch, der Sache nach, immer täglich von Neuem begründet [3]). 2) Das *ius accrescendi* kommt auch dem zu Statten, der seinen Theil gleich Anfangs nicht erworben,

---

1) Wenn der Ususfruct auf andere Art, als durch Vermächtnifs entsteht, z. B. durch Vertrag Mehreren an derselben Sache constituirt worden ist, so findet das *ius accrescendi* nicht Statt. *Fr.* 15. *D.* 45, 2. Glück Commentar Th. 9. S. 308.

2) Die allgemeinen Grundsätze über das *ius accrescendi* s. unten im Erbrechte.

3) *Fr.* 1. §. 3. *D.* 7, 2. „*Interdum tamen, etsi non sunt coniuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit: ut puta si mihi fundi ususfructus separatim totius, et tibi similiter fuerit relictus, Nam — — concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante, alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est: quia et constitutus et postea amissus, nihilominus ius adcrescendi admittit. Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et* (*ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt*) *ususfructus cot-*

oder nachher verloren hat. (*Usus fructus non rei, sed personae accrescit.*) Auch dieser abweichende Grundsatz läfst sich aus der täglichen Erneuerung des Usufructus erklären; zu geschweigen, dafs der Usufruct keine für sich bestehende Sache ist, sondern ein blofs persönliches Factum voraussetzt, daher es dabei lediglich auf die Person, welche das Factum auszuüben im Stande ist, nicht aber auf die Sache ankommen kann [4]).

Zweites Capitel.

Vom den übrigen persönlichen Dienstbarkeiten.

Inst. II, 5. *Dig.* VII, 8. *Cod.* III, 33. Donellus *Libr.* X. *cap.* 21. 24. 25.

§. 197.

I) *Vom Usus.*

Ausser dem Usufruct werden noch folgende persönliche Dienstbarkeiten in den Quellen besonders ausgezeich-

tidie constituitur et legatur: non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum; nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.

4) *Fr.* 10. *D. eod,* „*Interdum pars usus fructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit; nam si usus fructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit: partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis; usus fructus enim personae adcrescit, etsi fuerit amissus.*“

net: *usus*, *habitatio* und *servit. operarum servi* [1]). — Unter *usus* ist zunächst das Recht zu verstehen, jeden Gebrauch von der Sache zu machen, ohne dafs der Berechtigte sich die Früchte der Sache anmaafsen darf, es müfste denn die Sache ohne einen mäfsigen Antheil an den Früchten nicht vollständig gebraucht werden können [2]). Da bei diesem Recht sehr viel auf dem eigenthümlichen Sprachgebrauche der Römer beruhet, so läfst sich der Begriff und Umfang desselben nicht genau bestimmen. Bisweilen gab der Usus eben so viel Recht als der Ususfructus [3]), in den meisten Fällen aber weniger. Uebrigens ist der Usus eine untheilbare Servitut, und hieraus läfst sich erklären, dafs von einem Zuwachsrecht bei mehrern Berechtigten keine Rede seyn kann, sondern das Recht nach seiner Beendigung stets auf den Proprietar zurückfällt. Auch kann der Usus, so wenig seinem Rechte, als seiner ganzen Ausübung nach, einem Andern überlassen werden [4]), es müfste denn aus wahrscheinlichen Gründen gezeigt werden können, dafs der Concedent dieses gewollt habe [5]). Die auf der Sache haftenden Lasten

---

1) Uebrigens können auch mehrere der unten darzustellenden dinglichen Servituten, blofs auf eine Person beschränkt und so persönliche Dienstbarkeiten werden. Vgl. *Fr.* 13. §. 3. *D.* 34, 1.

2) *Fr.* 2. *pr.* *Fr.* 12. §. 2. *D.* 7, 8. Der gewöhnliche Begriff: Usus sey der auf das Bedürfnifs des Berechtigten beschränkte Gebrauch ist unrichtig. Vgl. Konopak Institut. § 291. Mackeldey Lehrb. d. heut. röm. R. §. 340.

3) Vgl. *Fr.* 22. *pr.* *D. eod.*

4) §. 1. *I.* 2, 5. — — „*nec ulli alii ius, quod habet, aut locare vendere, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere.*“

5) *Fr.* 12. §. 4. *Fr.* 22. *D.* 7, 8.

Digitized by Google

und Abgaben werden verhältnifsmäfsig zwischen dem Usuar und Proprietar vertheilt [6]).

§. 198.

II) *Von der Habitatio aedium und der Servitus operarum servi.*

Unter *Habitatio aedium* versteht man das Recht, in einem fremden Wohnhause, unbeschadet der Substanz, mit seiner ganzen Familie und seinem Vermögen sich aufzuhalten. Im Grunde betrachtet ist — wie Herm. Vultejus in seiner *Iurispr. Rom.* richtig bemerkt — die *habitatio* einerlei mit *usus aedium* [1]); es treten nur einige Singularitäten dabei ein, und daher sagt Justinian: „*quasi proprium aliquod ius esse* [2])". Insonderheit soll diese Dienstbarkeit nicht durch den bürgerlichen Tod verloren gehen [3]), auch sich blofs auf die zum Bewohnen bestimmten Theile des Gebäudes erstrecken und einem Andern zwar ganz, aber nicht umsonst [4]) überlassen wer-

---

6) *Fr.* 18. *D. eod.*

1) Aus diesem Grunde wird wohl auch in dem *Fr.* 1. *D.* 8, 1. die *habitatio* nicht besonders erwähnt.

2) §. 5. *I.* 2, 5. *c.* 13. *C.* 3, 33.

3) Die Alten sagten, dafs diese Servitut mehr *in facto* als *in iure* bestehe, d. i. mehr nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechts (*ius gentium*) als des Civilrechts beurtheilt werden müsse., vergl. *Fr.* 10. *D.* 4, 5., daher sollte denn auch (nach *Fr.* 10. *D. h. t.*) die *habitatio* nicht durch *non usus* und *capitis deminutio* verloren gehen: *civilis enim ratio naturalia iura corrumpere non potest.* Justinian ist aber was den Verlust durch *non usus* betrifft, von dem älteren Rechte abgewichen. *c.* 13. *C.* 3, 34.

4) Vgl. *Fr.* 10. *pr. D.* 7, 8.

Digitized by Google

den können [6]). — Die *Servitus operarum servi* [6]) endlich ist das Recht aus den Diensten eines fremden Sclaven allen Vortheil zu ziehen. Es erstreckt sich also dieses Recht blofs auf die untheilbare Benutzung der Dienste eines fremden Sclaven und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem Ususfructus und Usus, dafs es, so lange der dienende Sclave lebt, mit demselben auf die Erben des Berechtigten übergeht [7]). Die Dienstbarkeit hört zwar mit der Usucapion des Sclaven auf, kann aber weder durch bürgerlichen Tod, noch durch Nichtgebrauch aufgehoben werden.

Zweiter Abschnitt.

Von den dinglichen Servituten.

Inst. II, 3. *Dig.* VIII, 1—6. *Cod.* III, 34.

Donellus *Libr.* XI. — Karl Salomo Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des röm. Rechts von den dinglichen Servituten (in Hugo's civilist. Magazin Bd. II.) — Glieb Hufeland über die Lehre des röm. R. von den Servituten u. deren richtige Ansicht überh. (in dessen Abhandl. Th. II. *nr.* 9.)

---

§. 199.

I) *Allgemeine Grundsätze.*

Dingliche Dienstbarkeit (*servitus realis* oder *servitus* schlechthin) ist eine solche, die einem fremden Grundstücke

5) Sollte die *habitatio* von einem Lebenden auf immer bestellt seyn, so konnte sie doch von dessen Erben widerrufen werden. *Fr.* 27. 32. *D.* 39, 5.

6) *T. T. Dig.* VII, 7.

7) *Fr.* 2. *D.* 33, 22.

Digitized by Google

stücke zum beständigen Gebrauche eines benachbarten Grundstückes auferlegt wird. Es wird also von beiden Seiten ein Grundstück vorausgesetzt, das eine, welches die Servitut leistet (*praedium serviens*), das andere, welchem sie geleistet werden muss (*praedium dominans*). Die Servitut muss aber auch dem berechtigten Grundstücke selbst [1]) Vortheil gewähren und einen beständigen Nutzen bringen. Der Nutzen mag aber beschaffen seyn, wie er will, so lässt sich derselbe niemals getheilt denken und daher gilt der allgemeine Grundsatz: *omnes servitutes reales sua natura sunt individuae* [2]). Damit überhaupt der befragte Nutzen eintreten könne, müssen 1) die beiderseitigen Grundstücke in dem Verhältnisse stehen, dass das eine den Nutzen beständig leisten, das andere ihn beständig erwerben kann; 2) die Grundstücke müssen benachbart seyn, es darf aus der Entfernung oder dem Dazwischenliegen eines andern Grundstückes kein Hinderniss entstehen [3]); und 3) endlich müssen die Servituten einen

1) *r. Fr.* 15. *pr. D.* 8, 1. vgl. *Fr.* 8. *pr. D. eod.* „*Ut domum decerpere liceat*, (*et*) *ut spatiari*, (*et*) *ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.*“ Ed. Schrader: Welche Beschränkung dinglicher Dienstbarkeiten ist in *L.* 8. *D. de servit.* enthalten? (Abhandl. II. S. 333. fg.) Es kann zwar eine dingliche Servitut auch zum blossen Vergnügen bestellt werden (vgl. *Fr.* 3. *pr. D.* 43, 10: „*Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel amoenitatis, aqua duci possit*“): das Vergnügen muss aber von der Art seyn, dass es wahrscheinlich für jeden Besitzer des herrschenden Gutes Werth hat, wie namentlich das *ius aquae ducendae*. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob die Servitut sogleich Vortheil gewährt, wenn dieses nur künftig der Fall ist. Vgl. *Fr.* 19 *D.* 8, 1. „*quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.*“

2) *Fr.* 2. §. 2. *Fr.* 72. *pr. D.* 45, 1.

3) *Fr.* 5. §. 1. *D.* 8, 3. *Fr.* 38. *D. eod.*

Digitized by Google

fortdauernden Grund (*causa perpetua*) haben, d. h. der durch die Servitut beabsichtigte Vortheil mufs auf einem natürlichen, wenn auch nicht zu jeder Zeit eintretenden Umstande beruhen [4]). — Je nachdem das herrschende oder berechtigte Grundstück ein Gebäude ist oder nicht, werden die dinglichen Servituten in *urbanae* und *rusticae* eingetheilt [5]). — Die dinglichen Dienstbarkeiten werden übrigens gleichfalls durch Vertrag und hinzukommende Quasitradition bei affirmativen Servituten (§. 138.), durch letztwillige Verfügung, durch Adjudication und durch Usucapion binnen 10 und 20 Jahren erworben, wenn ein Nichteigenthümer die Servitut bestellt, oder der Berechtigte dieselbe während dieser Zeit auf die gehörige Art ausgeübt hat. Die Beendigung erfolgt gleichfalls: durch den Untergang der dienenden oder herrschenden Sache, durch Confusion (s. §. 195. Note 8.), durch Aufhören des von Anfang an widerruflichen Rechts des Constituenten, durch ausdrückliche und stillschweigende Entsagung des Berechtigten, insonderheit endlich durch nicht erfolgte Ausübung binnen

---

4) *Fr.* 28. *D.* 8, 2. — — „*at quod ex caelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur.*“

5) Einige Servituten müssen schon vermöge ihrer Natur zu der einen oder andern Classe gerechnet werden, andere hingegen bald zu der einen, bald zu der andern Classe, je nachdem sie einem *praed. urbanum* oder *rusticum* zustehen, und daher erklärt es sich, dafs eine und dieselbe Servitut in den Gesetzen bald *urbana*, bald *rustica* genannt wird. Vgl. z. B. §. 1. *I.* 2, 3. mit *Fr.* 2. *D.* 8, 3. *Fr.* 1. *D. eod.* mit *Fr.* 18. *sq. D.* 8, 2. (Ueber die Begriffe von *praedium urbanum* und *rusticum* s. *Fr.* 198. *D.* 50, 16. *Fr.* 1. *D.* 8, 4. §. 1. *J.* 2, 3.) Bisweilen wird der Begriff von *servitus urbana* und *rustica* auch auf das Grundstück bezogen, dem die Servitut als Last obliegt. §. 1. *I. cit.* vergl. Mackeldey §. 344.

10 und 20 Jahren, vorausgesetzt, dafs bei den *servitutibus urbanis* eine *usucapio libertatis* hinzutritt [6]).

§. 200.

II) *Einzelne Arten.*

A) *Servitutes urbanae.*

Als einzelne Arten der *servitutes praediorum urbanorum* werden in den Gesetzen [1]) vorzüglich folgende erwähnt: 1) *servitus oneris ferendi*, d. i. das Recht vermöge dessen man einen Theil seines Gebäudes auf der Mauer oder Säule des Nachbarn ruhen lassen darf. Es tritt dabei das Abweichende ein, dafs während sonst die Ausbesserung des zur Ausübung der Dienstbarkeit etwa nöthigen Werkes (*servitus qualificata*) dem Eigenthümer der dienenden Sache nicht obliegt, weil nach dem Obigen (§. 183.) *servitus in faciendo consistere nequit;* dennoch hier eine Ausnahme eintreten soll, nach welcher der dienende Theil die Wand oder Säule ausbessern und so in einem tragbaren Stande erhalten mufs [2]). 2) *Ser-*

6) Vergl. über diese Erwerb- und Verlustarten vorzüglich Günther *principia* §. 635—638.

1) §. 1. *I.* 2, 3. *Fr.* 2. *D.* 8, 2.

2) *Fr.* 33. *D.* 8, 2. „*Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes, quae servirent: non eum, qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries esset, qui onus sustineret*“ etc. Die Sache war schon unter den alten Juristen bestritten, vergl *Fr.* 6. §. 2. *D.* 8, 5. Abgesehen davon, dafs die Existenz der Servitut die Nothwendigkeit der Ausbesserung schon mit sich bringt, erscheint auch das Handeln oder die Ausbesserung nur als eine mittelbare Folge der eigentlich nur *in pa-*

Digitized by Google

vitus tigni [3]) überhaupt, wozu folgende Unterarten gehören: *a) serv. tigni immittendi* (Trammrecht), das Recht Balken u. s. w. in die Mauer des Nachbarn einzuschieben; *b) serv. proiiciendi*, das Recht einen Vorbau (Erker, Balcon) in den benachbarten Luftraum hineinzuführen [4]), insonderheit die *serv. protegendi*, das Recht ein über fremden Grund und Boden hinragendes Wetterdach anzulegen. 3) *Servitus aquae* überhaupt, namentlich *a) servitus stillicidii recipiendi s. non avertendi, s. immittendi*, das Recht unsere Dachtraufe auf das Dach oder Grundstück des Nachbarn hinzuleiten, oder umgekehrt von dem benachbarten Grundstücke oder Gebäude abzuleiten [5]); *b) serv. flaminis recipiendi et immittendi*, wobei stärker in Rinnen und Canälen gesammeltes und herabfliessendes Regenwasser vorausgesetzt wird. 4) *Servitus altius non tollendi*, wenn der Nachbar gegen die natürliche Freiheit verhindert wird, höher zu bauen. Wenn hingegen die natürliche Freiheit höher bauen zu dürfen, wieder hergestellt wird, so ist *ius* (*servitus*) *altius tollendi* vorhanden (s. Note 5). 5) *Servitus luminum et ne luminibus officiatur.* Nach der gewöhnlichen Ansicht soll jene das Recht seyn, des Lichtes wegen Fenster in einer benachbarten Wand anzule-

---

tiendo bestehenden Servitut, und der dienende Theil hat zunächst selbst davon den Vortheil, dafs sein Eigenthum dadurch erhalten wird.

3) Ueber den Begriff von *tignum* vgl. *Fr.* 62. *D.* 50, 16.

4) Vergl. *Fr.* 242. §. 1. *D.* 50, 16.

5) *Fr.* 20. §. 3—6. *Fr.* 21. 28. *D.* 8, 2. *Fr.* 8. *D.* 8, 6. — Auch die Wiederherstellung der natürlichen Freiheit mit Aufhebung der Servitut wurde von den Römern abusiv *servitus* genannt, z. B. *servitus stillicidii non recipiendi, altius tollendi, luminibus officiendi.* s. Schulting *in Iurispr. Antejust. ad Cajum* II, 1. Note 29. Mackeldey Lehrb. d. heut. röm. Rechts. Dritte Ausg. §. 345. Note *d.* vgl. mit der ersten Ausgabe §. 306. Note *d.*

Digitized by Google

gen [6]); diese das Recht zu verlangen, dafs der Nachbar nichts vornehme, wodurch uns das Licht verdunkelt oder entzogen wird. Hr. Staatsrath von Feuerbach [7]) will unter *servitus luminum* das Recht verstehen, wodurch der Nachbar verpflichtet ist, ein schattendes Werk nicht wegzunehmen und so das Licht aufzufangen (Schattendienstbarkeit), die *servit. de luminib. officiatur* (Lichtdienstbarkeit) aber wie gewöhnlich erklärt wissen [8]). Am richtigsten dürfte aber doch wohl die Doneau'sche Behauptung seyn: dafs *servitus luminum* im Grunde betrachtet mit der *servitus ne luminib. officiatur* eine und dieselbe Servitut sey [9]). — 6) *Servitus prospectus et ne*

6) Man beruft sich vorzüglich auf *c.* 8. *C.* 3, 34. „*In pariete vero tuo, si fenestrum Iulianus vi vel clam fecisse convincatur: sumtibus suis opus tollere, et integrum parietem restituere compellitur*" und auf *Fr.* 40. *D.* 8, 2. „*Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse, respondi.*"

7) in den civilistischen Versuchen Bd. I. Nr. 1.

8) Die Hauptstelle, worauf Hr. von Feuerbach seine Hypothese gründet, ist *Fr.* 4. *D.* 8, 2: „*Luminum servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.*" *Lumina* soll nach Vitruv (*de architectura* V, 1. VI, 6.) ein architektonischer Kunstausdruck seyn, der von Licht und Hellung der Gebäude gebraucht wird; *minuere lumina nostra* daher so viel heifsen als das Licht und die Hellung schmälern, *excipere lumina nostra* hingegen so viel, als das Licht, das sonst zu unserm Gebäude kommen würde, auffangen und abhalten, mithin Schatten geben.

9) Wenn, abgesehen von allen Beweisstellen, welche Doneau zur Begründung seiner Ansicht anführt, die *servitus prospectus* darin besteht, *ut prospicere possimus*, oder, was ganz

prospectui officiatur. — 7) *Servitus sterculinii* [10]. — 8) *Serv. fumi immittendi* [11] u. s. w.

§. 201.

B) *Servitutes rusticae.*

Als *servitutes praediorum rusticorum* werden vorzüglich folgende angeführt: 1) *servitus itineris*, das Recht zum Vortheil unseres Grundstückes über ein fremdes zu gehen, zu reiten und in einer Sänfte getragen zu werden (*ius lectica vehendi*), aber nicht zu fahren [1]. 2) *Servitus actus*, das Recht Vieh über ein fremdes Grundstück zu treiben und einen Karn oder kleinen Wagen (*vehiculum plaustrum*) darüber zu schieben oder zu ziehen [2]. 3) *Servitus viae*, das Recht auch mit gröfseren Wageu zu fah-

---

dasselbe sagt, *ne prospectui nostro officiatur*, also *servitus prospectus* und *ne prospectui* nothwendig einerlei seyn mufs: so ist dieses auch bei der *servit. luminum* und *ne luminibus* der Fall. Die Sache ist immer dieselbe und die Verschiedenheit beruhet blofs auf dem Ausdrucke. Paulus hat in dem *Fr. 4. D. cit.* blofs darauf hindeuten wollen, dafs die *servitus luminum* mit der *serv. altius non tollendi* in genauer Verbindung steht und die Worte; „*Cum autem servitus etc.* sind daher nur als ein erklärender Beisatz, nicht aber als ein Gegensatz zu verstehen. Vgl. überhaupt Ludov. Frid. Griesinger *de servit. luminum et ne luminib. officiatur. Lps.* 1819.

10) *Fr.* 11. §. 2. *D.* 8, 3.

11) *Fr.* 8. §. 5. 6. *D. eod.*

1) *Fr.* 7. *pr. Fr.* 12. *D.* 8, 3.

2) *Fr.* 1. *D. eod.* „*Actus est ius agendi vel iumentum, vel vehiculum.*“ *Fr.* 7. *D. eod.* „*Qui actum habet et plaustrum ducere, et iumenta agere potest.*“ Das *ius actus* enthält natürlich auch das *ius itineris*, aber nicht das Recht mit gröfsern Wagen zu fahren, oder Steine und Balken zu schleifen. *Fr.* 7. *D. cit.*

Digitized by Google

ren, Steine und Balken zu schleifen, auch etwas in der Höhe darüber zu führen (*hastam rectam ferre*) [3]). Die Breite war gesetzlich schon durch die 12 Tafeln bestimmt, nemlich in gerader Linie (*in porrectum*) 8, in der Biegung (*in anfractam*) 16 Fufs [4]). — 4) Mehrere andere *Servitutes rusticae* sind schon durch ihre Benennung deutlich, z. B. *serv. aquaeductus*, *aquaehaustus*, *pecoris ad aquam alterius appulsus*, *serv. calcis coquendae*, *arenae fodiendae* u. s. w. — Zum Schutze der bei den dinglichen Servituten eingeräumten *iuris quasi possessio* finden übrigens mehrere besondere Interdicte statt, welche bereits oben im allgemeinen Theile (§. 54.) angeführt worden sind.

---

3) Bei der *servitus itineris* und *actus* war dieses nicht erlaubt, *quia possent fructus eo modo laedi;* es brauchte daher nicht für einen freien Raum in der Höhe gesorgt zu werden. Vgl. d'Avezan *Servit. libert. P.* III. *c.* 18.

4) Vergl. überhaupt Ge. Frid. Puchta *D. de itinere, actu et via. Erlang.* 1820.

Digitized by Google

Fünftes Hauptstück.

Vom Pfandrechte.

Dig. XX, 1. *Cod.* VIII, 14.

Hugonis Donelli *Tr. de pignorib. et hypothecis. Fcf.* 1589. 4. und mit Ant. Negusantii *Tr. de pignorib. et hyp. Lugd.* 1575. *f.* (Auch in dem *Corp. selector. tractatuum de pignorib. et hypoth. Fcf.* 1586. *f. p.* 139. und in dem *Tractatus tractatuum T.* VI. *P.* 1. desgleichen *in Edit. Lucensi Tom.* VI. *p.* 855.) Vergl. *Comment. de iure civ. Libr.* XV. *c.* 50. — Ernst Christ. Westphal Versuch einer systemat. Erörterung der sämmtlichen röm. Gesetze vom Pfandrecht, n. Ausg. Leipz. 1791. — Io. Henr. Chr. Erxleben *Principia de iure pignor. et hypothecar. Gött.* 1779. 8. — F. C. Gesterding die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des röm. Rechts dogmatisch-polemisch dargestellt. Greifsw. 1806.

§. 202.

Vorerinnerung.

Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an einer fremden Sache eingeräumt ist, um nöthigenfalls durch Veräusserung derselben seine Befriedigung zu erlangen. Wird zugleich der Besitz der verpfändeten Sache auf den Gläubiger übertragen, so ist *pignus* im engern Sinne, sonst aber, wenn die Sache zur Sicherheit blofs angewiesen und ausgesetzt wird, *hypotheca* vorhanden [1]). Auf die

1) Das Wort *pignus* (Faustpfand) kommt von *pugnus* (Faust) her; *hypotheca* aber von (ὑποτιθέναι *(supponere in securitatem*). *Fr.* 238. §. 1. *D.* 50, 16. *Fr.* 9. §. 2. *D.* 13, 7. Aegid. Menagii *iuris civil. amoenitates c.* 39.

Digitized by Google

rechtliche Wirkung gesehen, findet zwischen *pignus* und *hypotheca* weiter kein Unterschied Statt, als dafs bei dem ersteren der Gläubiger verbunden ist, die mit dem Besitz verbundene gehörige Sorgfalt anzuwenden und dadurch die Sache vor Untergang oder Verschlimmerung zu schützen [2]). — Uebrigens ist das Pfand als eine blofse Zugabe oder Bestätigung der Forderung zu betrachten und läfst sich daher ohne eine *obligatio principalis*, die dadurch sicher gestellt werden soll, gar nicht denken [3]). Hieraus ergiebt sich denn, dafs zwar die Hauptforderung fortbestehen kann, wenn auch das dafür bestellte Pfand wegfällt, nicht aber umgekehrt. Es kommt indessen beim Pfande nicht darauf an, ob die dadurch zu sichernde Forderung aus einem Gelddarlehn, oder auf andere Weise entstanden ist [4]), ob es eine natürliche [5]) oder bürger-

---

2) *Fr.* 5. §. 1. *D.* 20, 1. „*Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.*“ §. 7. *I.* 4, 6. „*Inter pignus et hypothecam* (*quantum ad actionem hypothecariam attinet*) *nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continentur: sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quae sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*“ — Der Ausdruck *pignus* wird bald für das Pfandrecht selbst, bald für den verpfändeten Gegenstand, und bald auch für den Pfandcontract genommen. Für *oppignorare* wird häufig *rem obligare* und *supponere* gebraucht.

3) Jos. Averani (*in Quaestion. iur.* II, 12.) bemerkt sehr treffend: „*Sunt hae obligationes hederae similes: principalem obligationem sequuntur: ipsi tenaciter haerent; ea fulciuntur; ea subducta confestim intercidunt.*“

4) *Fr.* 5. *pr. D.* 20, 1. „*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione.*“

5) *Fr.* 5. *D. cit.* (vgl. §. 46. Note 6.)

Digitized by Google

liche, eine eigene oder fremde [6]), eine gegenwärtige oder künftige Forderung [7]) ist, ob das Pfand endlich auf die ganze Forderung, oder nur auf einen Theil derselben sich beziehen soll [8]).

Erster Abschnitt.
Von der Constitution des Pfandes.

Erstes Capitel.
Von dem zu verpfändenden Gegenstande.

Dig. XX, 3. *Cod.* VIII, 17.

§. 203.

I) *Nur solche Sachen können gültig verpfändet werden, worüber eine rechtliche Verfügung möglich ist.*

Ueberhaupt können sowohl gegenwärtige, als künftige Sachen, sowohl eigentliche Sachen, als Rechte an Sachen gültig verpfändet werden. Die Sachen dürfen jedoch 1) dem Verkehr (*commercium*) nicht entzogen seyn [1]), denn sonst ist die Verpfändung so ungültig, dafs sie in

6) *Fr.* 5. §. 2. *D. eod.*

7) *Fr.* 5. *pr. D. eod.* — — „*sed et futurae obligationis nomine dari possunt.*“ Vergl. darüber besonders Gesterding a. a. O. S. 25.

8) *Fr.* 5. *pr. D. eod. Fr.* 5. §. 1. *D.* 20. 2.

1) Ulpian *Fragm.* XIX, 5. „*Commercium est emendi vendendique invicem ius.*“ *Fr.* 9. §. 1. *D.* 20, 1. „*Quod emtionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest.*“

Digitized by Google

der Folge niemals gültig werden kann [2]). Ferner 2) müssen die Sachen dem Verpfänder eigenthümlich gehören, oder es müssen ihm doch der Veräusserung fähige Rechte daran zustehen [3]). Namentlich kann daher auch der prätorische Eigenthümer, der Emphyteuta und Superficiar eine gültige Verpfändung vornehmen und eben so können auch ausstehende Forderungen [4]), ja selbst die dem Schuldner von Andern bestellten Pfänder, so lange das Pfandrecht an ihnen dauert, wiederum gültig verpfändet werden [5]). Fremde Sachen hingegen können, als solche, nicht verpfändet werden [6]); wenn indessen der Schuldner die von ihm verpfändete fremde Sache in der Folge eigenthümlich erwirbt, und der Gläubiger die fremde Eigenschaft der Sache nicht wufste, oder wenn der Eigenthümer der fremden Sache eingewilliget, oder, um den Gläubiger zu hintergehen, das wahre Verhältnifs verschwiegen hat, so steht auch der Gültigkeit des an einer fremden Sache bestellten Pfandrechts nichts im Wege [7]). Endlich 3) darf

---

2) *Fr.* 83. §. 5. *D.* 45. 1. §. 1. *I.* 3, 20.

3) *Fr.* 1. *pr. Fr.* 9. 18. *D.* 20, 1. vgl. *c.* 7. *C.* 4, 51.

4) *c.* 4. *C.* 8, 17. „*Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit.*“

5) *T. T. Cod.* VIII, 24. (*Si pignus pignori datum sit.*)

6) *T. T. C.* VIII, 16. (*Si aliena res pignori data sit.*) Der Gläubiger kann nur gegen den Schuldner allein ein Zurückbehaltungsrecht an der ihm verpfändeten fremden Sache ausüben und ihn mit der *exc. doli mali* abweisen. *Fr.* 1. *pr. D.* 20, 1. *Fr.* 2. §. 4. *D.* 44, 1.

7) *c.* 5. *C.* 8, 16. „*Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est: sed tamen aequitatem fasere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur.* Eben so ist die Verpfändung einer fremden Sache unter der Bedingung: *si debitoris*

Digitized by Google

kein sonstiges Hindernifs obwalten. Insonderheit können ihrer Natur nach die Dienstbarkeiten, als solche, nicht verpfändet werden; die persönlichen nicht wegen ihrer genauen Verbindung mit einer bestimmten Person [8]), aber auch die dinglichen nicht [9]). Ausserdem ist, vermöge einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, beim judiciellen Pfande Alles der Verpfändung entzogen, was in näherer Beziehung auf den Ackerbau und dadurch auf die öffentlichen Abgaben steht [10]).

§. 204.

II) *Sowohl einzelne Sachen können gültig verpfändet werden, als das ganze Vermögen.*

Ed. Schrader (Ge. Alb. Merz) *de vera indole divisionis hypothecar. in generales et speciales. Tüb.* 1818.

Je nachdem eine einzelne Sache, oder das ganze Vermögen verpfändet wird, entsteht die wichtige Eintheilung

---

facta fuerit, ohne Zweifel gültig. *Fr.* 16. §. 7. *D.* 20, 1. vgl. *Fr.* 75. *D.* 45, 1. Vergl. überhaupt Gesterding a. a. O. S. 57.

8) Der Usus auf keine Weise und eben so wenig der Ususfruct seinem Rechte nach, wohl aber in so weit er veräussert werden kann. *Fr.* 11. §. 2. *D.* 20, 1.

9) Die *servitutes urbanae* können ohne Zweifel nicht verpfändet werden, *Fr.* 11. §. 3. *D.* 20, 1., aber auch die *rusticae* nicht, doch ist hier die Sache bestritten. Fr. Duarenus *in anniversi. disputatt.* II, 15. J. H. Böhmer *de diverso pign. et hyp. iure c.* 1. §. 8. (*in Exerc. ad D. T.* III. *nr.* 58.) — Man mufs hier jedoch zwischen einer *serv. constituta* und *pignoris causa constituenda* unterscheiden; jene kann ohne das Grundstück nicht verpfändet werden, *Fr.* 16. *D.* 8, 1., wohl aber kann man eine *servitus rustica* zur Sicherheit einer Forderung constituiren. *Fr.* 12. *D.* 20, 1. s. Günther *princ.* §. 661. Note 1. Gesterding S. 54.

10) *c.* 7. 8. *C.* 8, 17.

in besonderes und allgemeines Pfand. — Besonderes Pfand (*pignus speciale*) ist ein solches, das ausschliessend an einer gewissen Sache haftet. In der Regel ist jedoch hierbei Alles, was nicht zum Begriffe dieser bestimmten Sache gehört [1]), und eben so das Surrogat derselben [2]), nicht als mitverpfändet zu betrachten. Dagegen müssen zu der Individualität der verpfändeten Sache, und folglich auch zu dem daran bestellten Pfande selbst, auch die Accessionen derselben [3]), die Früchte und der s. g. *Partus pignoris* [4]) gerechnet werden. — Das allgemeine Pfand (*pignus generale*) auf der andern Seite, umfafst das ganze sowohl gegenwärtige als künftige Vermögen des Schuldners und das künftig zu erwerbende Vermögen braucht nicht einmal besonders erwähnt zu werden [5]). Das Pfandrecht mag indessen noch so allgemein verliehen seyn, so sind doch immer gewisse Sachen gleichsam durch den stillschweigenden Willen des Schuldners ausgenommen. Insonderheit gehören dahin: 1) die unter Zustimmung des Gläubigers vom Pfande veräusser-

---

1) Wenn z. B. ein Sclave verpfändet worden, so erstreckt sich das Pfand nicht zugleich auf das Peculium u. s. w.

2) Die verpfändete Sache müfste denn als *universitas facti*, z. B. als Waarenlager, schon ihrer Natur nach einem beständigen Tausche und Wechsel unterworfen seyn. *Fr.* 13. 34. *D.* 20, 1.

3) Wenn z. B. durch Alluvion etwas zuwächst, oder der bisher von der Proprietät der verpfändeten Sache getrennte Usufruct damit wieder verbunden wird. *Fr.* 16. *pr. D.* 20, 1. *Fr.* 18. §. 1. *D.* 13, 7.

4) *Fr.* 29. §. 1. *Fr.* 26. §. 2. *D.* 20, 1. *T. T. Cod.* VIII, 25.

5) *c.* 9. *C.* 8, 17. — — „*Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto, tam praesentes quam futuras: ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.*“

ten und nachher vom Schuldner wieder erworbenen Sachen [6]); 2) Sachen die zum nothwendigen und täglichen Gebrauche des Verpfänders dienen und solche, wobei von seiner Seite eine ganz besondere Affection Statt findet [7]). — Bisweilen ist das allgemeine Pfand mit einem besonderen verbunden und die Wirkung besteht alsdann darin, dafs der Gläubiger, wenn der Verpfänder selbst, oder ein anderer Pfandgläubiger das allgemeine Pfand besitzen sollte, sich auf Verlangen zuerst an die besonders verpfändete Sache halten mufs [8]). Es kann indessen das Gegentheil ausdrücklich verabredet und der Willkühr des Gläubigers anheim gestellt werden, an welches Pfand er sich zuerst halten will [9]).

---

6) *c.* 11. *C.* 8, 26. — — „*Nobis autem visum est eum, qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo ius suum respuit; indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei supposita, vindicare, vel tenentem inquietare.*“

7) *F.* 6. 7. 8. *D.* 20, 1. „*Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse*“ (Ob diese Sachen auch beim allgemeinen gesetzlichen Pfande ausgenommen sind? ist bestritten.)

8) *c.* 2. *C.* 8 14. „*Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praetor provinciae iubebit.*“

9) Die Practiker pflegen diese Verabredung *pactum ne specialitas praeiudicet generalitati* zu nennen. Vergl. überhaupt Io. Chph. Koch *de concursu hypothecae specialis et generalis. Gies.* 1782.

Zweites Capitel.

Von der Art der Entstehung eines Pfandes.

Erster Absatz.

Vom freiwilligen Pfande (*pign. voluntarium*).

§. 205.

Wenn durch Privatwillkühr ein Pfandrecht entstehen soll, so wird vor allen Dingen vorausgesetzt, dafs der Verpfänder überhaupt das Recht habe, über die zu verpfändende Sache frei verfügen zu können [1]). Dieses Recht steht aber in der Regel blofs dem Eigenthümer oder dem zu, welcher rechtlich als Eigenthümer betrachtet wird [2]). Es ist übrigens einerlei, ob die Absicht verpfänden zu wollen, gleich Anfangs, oder durch nachfolgende Genehmigung, von dem Verpfänder selbst, oder von einem Andern vermöge Auftrages erklärt wird. Der Auftrag kann in dem letzten Falle sowohl ausdrücklich ertheilt [3]), als stillschweigend angenommen werden [4]). Die Constitution des freiwilligen Pfandes selbst erfolgt entweder durch

1) Der Miteigenthümer kann jedoch seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache gültig verpfänden. *T. T. Cod.* VIII, 21. (*Si communis res pignori data sit.*)

2) *Fr.* 16. *pr. D.* 13, 7. „*Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi.*“

3) *Fr.* 11. §. 7. *Fr.* 12. *D. eod.* „*Sed si procurator meus, vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneratitia poterit. Quod in procuratore ita procedit si (specialiter) ei mandatum fuerit pignori dare, vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.*“

Vertrag, oder durch letztwillige Verfügung, daher die Eintheilung in *pignus conventionale* und *testamentarium*. Das conventionelle Pfand gründet sich entweder auf den *contractus pigneratitius* oder auf das *pactum hypothecae*, wovon im Rechte der Forderungen näher die Rede seyn wird. Es kann ein solches Pfand entweder in einer öffentlichen Urkunde bestellt werden oder nicht (*pignus publicum* und *privatum*), und in einigen besondern Fällen ist dasselbe, nach den unten (§. 214.) vorkommenden Grundsätzen, zugleich privilegirt; auch können durch hinzugefügte Nebenverträge, insonderheit durch das *pactum commissorium* (in den Fällen, wo es erlaubt ist) und durch das *pactum antichresceos* nähere Bestimmungen hinzugefügt werden (s. §. 209). Das testamentarische Pfand wird einer Forderung oder eines Vermächtnisses wegen in einem letzten Willen angeordnet [b]) und nimmt sogleich nach dem Tode des Testators seinen Anfang, es müßte denn nicht an dem Vermögen des Testators selbst, sondern an dem des Erben bestellt worden seyn.

---

4) z. B. durch Ertheilung eines Peculs, durch anvertrauete allgemeine Verwaltung von Staats- und Gemeinheitsgütern u. s. w. *Fr.* 18. §. 4. *Fr.* 19. *D. eod. Fr.* 11. *pr. D.* 20, 1. „*Si is, qui bona reipublicae iure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat, potest rem eius obligare.*“ Vergl. Weber Versuche Bd. I. S. 79.

Zwei-

Zweiter Absatz.
Vom nothwendigen Pfande.

§. 206.

1) *Vom richterlichen Pfande* (pignus praetorium).

Dig. XLII, 4. 5. *Cod.* VIII, 22. 23.

Donellus *in Comment. Libr.* XXVII. (*ad L.* 15. *D.* 42, 1.) — von Savigny Recht d. Besitzes §. 24. S. 291. fg. vgl. mit §. 23. S. 279. fg.

Durch richterliche Anordnung kann in folgenden Fällen ein Pfand entstehen: 1) durch die *missio in possessionem ex primo decreto*, wenn der Prätor den Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung in den Besitz einer Sache des Schuldners setzt [1]), z. B. wegen nicht geleisteter *cautio de damno infecto*, *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine*, oder wegen Nichtbefolgung obrigkeitlicher Befehle u. s. w.; 2) *ex causa iudicati*, wenn der Schuldner rechtskräftig verurtheilt ist und hierauf zur Vollstreckung des Urtheiles durch Veräusserung seines Vermögens, eben so als wenn es freiwillig von ihm verpfändet worden wäre, geschritten werden mufs [2]). —

1) Bekanntlich war die *missio in possessionem* überhaupt eine Form des römischen Processes, wodurch entweder blofs der natürliche Besitz (*ex primo decreto*), oder das Eigenthum (*ex secundo decreto*) an einer fremden Sache übertragen wurde. Ueber den im letzteren Falle eintretenden Erwerb des Eigenthumes ist bereits oben (§. 160. Note 3.) das Nöthige bemerkt worden.

2) Gewöhnlich pflegt man den ersten auf die *missio in possessionem* sich beziehenden Fall ausschliefsend *pignus praeto-*

Das richterliche Pfand beginnt erst mit dem Augenblicke der wirklichen Besitzergreifung [3]) und der *Missus* soll sein Recht auf die Detention durch ein besonderes Interdict: *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, geltend machen können [5]); dieses Interdict ist aber nach der obigen Darstellung (§. 54.) kein possessorisches, da die *missio ex primo decreto* selbst nur den natürlichen Besitz überträgt [5]).

---

rium zu nennen und davon die zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheiles vorgenommene Auspfändung, als *pignus iudiciale*, zu unterscheiden. Die Benennung *pignus iudiciale* ist zwar insofern nicht unrichtig, als dabei immer ein *iudicium* vorausgesetzt wird: theils ist aber die gemeinschaftliche Benennung prätorisches oder richterliches Pfand gewöhnlicher, theils auch die Wirkung der gerichtlichen Pfandergreifung in dem letztern Falle, von den übrigen Arten nicht verschieden. Vgl. *c.* 2. *C.* 8, 22. „*Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus: unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur: aliud, quod a iudicibus datur et Praetorium nuncupatur.*“

3) *Fr.* 26. §. 1. *D.* 13, 7. „*Sciendum est, ubi iussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.*“

4) *Dig.* XLIII, 4. — Im *Fr.* 1. §. 3. *D. h. t.* wird ausdrücklich bemerkt: „*Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum qui possessione pulsus est, cum venisset in possessionem. Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.*“ Vgl. §. 148. Note 6. am Ende.

5) *Fr.* 10. §. 1. *D.* 41, 2. — — „*aliud — est possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa.*“ *Fr.* 3. §. 8. *D.* 43, 17. „*Hoc interdictum (uti possidetis) in omnibus etiam possessionibus, quae sunt soli, sine dubio locum habebit, dummodo possideri possit.*“

Digitized by Google

§. 207.

II) *Vom gesetzlichen Pfande* (pignus legale *s.* tacitum [1]).

Dig. XX, 2. *Cod.* VIII, 15.

Ferdin. Aug. Meifsner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, 2 Theile Leipz. 1805. 1804.

A) Allgemeine gesetzliche Pfänder.

Ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht hat 1) der Fiscus wegen rückständiger Abgaben vom Augenblick der Auflage derselben [2], wie auch an dem Vermögen seiner Verwalter und derjenigen, welche mit ihm contrahirt haben, wegen der aus dem Contract entsprungenen Forderungen [3]; 2) die Kinder wegen der mütterlichen Tutel

---

1) Das gesetzliche Pfand heifst defshalb *pignus tacitum*, weil es von Rechtswegen, als stillschweigend verabredet, angenommen wird, „*quasi id tacite convenerit.*“ *Fr.* 4. *pr. D.* 20, 2. — Einige Rechtsgelehrte wollen noch das durch Ersitzung erworbene Pfand, als dritte Art des nothwendigen Pfandes gelten lassen, da sich aber kein Gesetz dafür anführen läfst, so kann man dasselbe nicht annehmen. Vgl. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 57.

2) *Fr.* 28. 45. §. 9. *Fr.* 47. *pr. D.* 49, 14. *c.* 1, *C.* 8, 15. „*Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt.*“ Wenn ein Anderer für den eigentlich Verpflichteten dem Fiscus Zahlung leistet, so mufs er sich die Hypothek des Fiscus besonders abtreten lassen. *c.* 4. *C.* 8, 19. vgl. *c.* 1. *C. eod.*

3) *c.* 2. *C. eod.* „*Certum est, eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur.*“ Vergl. *Fr.* 46. §. 3. *D.* 49, 14. Das gesetzliche Pfand des Fiscus erstreckt sich auch auf das Vermögen dessen, der mit Jemanden contrahirt hat, in dessen Rechte der Fiscus succedirt, und zwar von der Zeit der Succession an. *Fr.* 6. *D. eod.*, nicht aber auf die fiscalischen Strafen. *Fr.* 17. 37. *D. eod.*

Digitized by Google

an dem Vermögen ihres Stiefvaters [4]), wenn die *mater tutrix* vor erfolgter Rechnungsablage zur zweiten Ehe geschritten ist; eben so an dem Vermögen ihres zur zweiten Ehe schreitenden Parens (Vaters oder Mutter), wegen des dadurch der Proprietät nach auf sie gekommenen Vermögens [5]); endlich an dem Vermögen des Vaters wegen des mütterlichen Vermögens (*bona materna et materni generis*) und der von ihm verwalteten Adventitien [6]); 3) die Unmündigen, Minderjährigen und Wahnsinnigen an dem Vermögen ihrer Vormünder, wegen der aus der Vormundschaft entsprungenen Forderungen [7]); 4) der Ehemann an dem Vermögen dessen, der ihm ein Heirathsgut versprochen hat, einerlei es mag die Frau, der Schwiegervater oder ein Dritter seyn [8]); 5) die wahre und putative (s. §. 73. Note 6.) Ehefrau, oder wer sonst statt ihrer berechtiget ist, an dem Vermögen des Mannes wegen der *Dos* und ihrer Vermehrung; eben so wegen der *Donatio propter nuptias* und wegen der in baarem Gelde bestehenden Paraphernalien, deren Verwaltung dem Manne überlassen ist [9]); 6) die Kirche an dem Vermögen des

4) *c.* 6. *C.* 8, 15. *Nov.* 22. *c.* 40.

5) *c.* 6. §. 2. 3. *c.* 8. §. 4. *C.* 5, 9. (vgl. §. 83.)

6) *c.* 6. *in f. C.* 6, 61. *c.* 8. §. 5. *C.* 5, 9.

7) *c.* 20. *C.* 5, 37. *c. un.* §. 1. *C.* 5, 13. *c.* 7. §. 5. *C.* 5, 70. (Dieses gesetzliche Pfandrecht wird nach dem Gerichtsgebrauche auch der *civitas* und *ecclesia* an dem Vermögen ihrer Verwalter gestattet, weil sie die Rechte der Minderjährigen genieſsen.)

8) *c. un.* §. 1. *C.* 5, 13. vgl. *Fr.* 1. *D.* 24, 3. „*publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*“ Auch nach Auszahlung der *Dos* kann diese Hypothek, der Eviction wegen, noch von Nutzen seyn.

9) *c.* 11. *C.* 5, 14. *c.* 19. *C.* 5, 3. *c.* 29. 30. *C.* 5, 12. *Nov.* 109. *c.* 1. (Der Braut, welche die *Dos* vorausbezahlt hat,

Digitized by Google

Emphyteuta, wenn dieser das Emphyteutgut verdorben hat [10]).

§. 208.

B) Besondere und vermischte Pfänder.

Ein besonderes gesetzliches Pfandrecht genieſst 1) derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes mit Wissen des Bauherrn Geld geliehen hat, an dem Gebäude und dessen Boden [1]); 2) Jeder, welcher zur Ausbesserung oder Erhaltung eines Gebäudes oder einer andern Sache Geld, Dienste, oder andere Sachen leistete, an der Sache, weſshalb die Leistung geschah [2]); 3) derjenige, welcher zur Anschaffung einer erblichen Hofbedienung Geld geliehen hat (*qui in*

---

steht nach der richtigern Meinung keine gesetzliche Hypothek zu. Vergl. Cocceji *ius civ. controv.* XX, 2. *qu.* 7. Gesterding S. 110.

10) *Nov.* 7. *c.* 3. §. 2. Vgl. jedoch Meiſsner a. a. O. §. 198.

1) *Fr.* 1. *D.* 20, 2. „*Scto, quod sub Marco Imp. factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante, nummos ministravit.*“ Vgl. *Fr.* 24. §. 1. *D.* 42, 5. Diese Hypothek darf mit Westenberg *in divo Marco c.* 41. und Pufendorf II. *obs.* 170. nicht auf andere Forderungen, z. B. wegen der Baumaterialien, oder des Arbeitslohnes, ausgedehnt (vergl. G. L. Böhmer *electa iur. civ. exerc.* XII. *c.* 8. *sq.*) und eben so wenig auf eine *nova aedificatio*, oder auf die Wiederherstellung anderer Sachen bezogen werden. Vinnii *quaest.* II, 4. Dafs das geliehene Geld zur Herstellung des Gebäudes wirklich verwendet worden sey, scheint nicht erforderlich zu seyn. s. Gesterding S. 105.

2) *Fr.* 5. 6. *D.* 20, 4. Thibaut §. 642. vergl. aber dagegen Erxleben §. 83. u. 235. und Gesterding S. 134.

Digitized by Google

militiam emendam credidit) [3]; 4) der Vermiether eines Gebäudes, an den Inducten und Illaten seines Inquilinen, vom Augenblick der Illation an, nicht blofs wegen des Miethgeldes, sondern auch wegen aller aus dem Contract entstehenden Forderungen [4]; eben so 5) der Verpachter eines Grundstückes an den percipirten Früchten vom Augenblick der Perception [5]; 6) Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen [6]; 7) der *dominus soli* an der *superficies* wegen des bedungenen Solars [7]. — Ein ver-

3) Für uns freilich eine Antiquität! *c. ult. C.* 8, 14. vgl. *N.* 53. *c.* 5. *N.* 97. *c.* 4. (Wer zum Ankauf eines Grundstückes oder zur Erbauung eines Hauses oder Schiffes Geld geliehen hat, geniefst zwar kein gesetzliches, wohl aber ein conventionelles privilegirtes Pfandrecht. s. §. 214.)

4) Ueber den Begriff der Inducten und Illaten s. *Fr.* 7. §. 1. *D.* 20, 2. *Fr.* 32. *D.* 20, 1. Bei einer vorgenommenen Aftervermiethung (*sublocatio*) ist auch das vom Aftermiether Eingebrachte, im Verhältnifs zu der Summe des von ihm zu entrichtenden Miethgeldes, dem ersten Vermiether verpfändet und ausserdem hat auch der Aftervermiether an den Inducten und Illaten des Aftermiethers ein gesetzliches Pfandrecht. *Fr.* 11. §. 5. *D.* 13, 7. *Fr.* 6. 7. §. 1. *D.* 20, 2. Bei einer unentgeltlich gestatteten Wohnung kann aber davon keine Rede seyn. *Fr.* 5. *D.* 20, 2.

5) *Fr.* 4. 7. *D.* 20, 2. Dieses Pfand erstreckt sich jedoch ohne ausdrückliche Verabredung (*c.* 5. *C.* 4, 65.) nicht auf die etwanigen Inducten und Illaten, so wie das des Vermiethers nicht auf die etwa gezogenen Früchte. Die Bestimmung des *praedii rustici* oder *urbani* richtet sich immer nach der Hauptsache. *Fr.* 211. *D.* 50, 16. *Fr.* 8. *D.* 7, 4. Bei einer Afterpacht sind die Früchte dem ersten Verpachter unbedingt verpfändet, dagegen aber hat der Afterverpachter gegen den Afterpachter kein Pfandrecht. *Fr.* 24. §. 1. *Fr* 55. *D.* 19, 2. *Fr.* 7. *pr. D.* 20, 2.

6) *Fr.* 7. *D.* 20, 4. *Fr.* 3. *D.* 27, 9. (vgl. §. 161. Note 8.)

7) *Fr.* 15. *D.* 20, 4.

Digitized by Google

mischtes gesetzliches Pfandrecht haben endlich die Legatarien und die, welchen ein *fideicommissum singulare* hinterlassen ist, wegen der Entrichtung des ihnen hinterlassenen Gegenstandes; wenn nemlich der Beschwerte Universalerbe ist, so ist es ein allgemeines, sonst ein besonderes Pfandrecht [8]).

Zweiter Abschnitt.

Von den Wirkungen des constituirten Pfandrechts.

Erstes Capitel.

Von den Wirkungen an und für sich.

Erster Absatz.

Zwischen dem Gläubiger und Schuldner.

§. 209.

I) *Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner im Allgemeinen.*

Was zunächst 1) die Rechte des verpfändenden Schuldners betrifft, so bleibt während der Dauer des

8) *c.* 1. *C.* 6, 43. *Nov.* 108. *c.* 2. Thibaut §. 644. Gesterding S. 114. — Kaufmann in den Anfangsgründen §. 119. will zwar dieses Pfandrecht nicht als ein vermischtes, sondern immer nur als ein besonderes betrachtet wissen; es läfst sich aber dagegen einwenden, dafs wenn der *oneratus* ein Universalsuccessor ist, das Pfand doch immer nicht an einer einzelnen Sache, sondern an einer *pars quota* des Vermögens haftet.

Digitized by Google

Pfandnexus das Eigenthum der verpfändeten Sache unverändert [1]). Hieraus folgt: *a*) der Verpfänder erwirbt, nach wie vor, allen zu der Sache hinzutretenden Vortheil, mufs aber auch den sie treffenden Nachtheil tragen [2]); insonderheit kann er die Sache benutzen und die Früchte derselben sich zueignen, ausgenommen, wenn ausdrücklich oder stillschweigend ein s. g. Gegennutzungsvertrag (Ἀντίχρησις) [3]) zum Grunde liegt, vermöge dessen der Gläubiger, statt des gesetzlichen Zinsenbetrages, sich die Früchte der Sache soll zueignen dürfen; *b*) er kann, wenn es ihm nicht besonders untersagt ist [4]), die verpfändete Sache auf jede beliebige Weise veräussern, doch geht alsdann das der Sache anklebende Pfandrecht mit derselben auf jeden Besitzer über [5]); *c*) er kann

---

1) *Fr.* 35. §. 1. *D.* 13, 7. „*Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem.*“

2) *Fr.* 21. §. 2. *D.* 20, 1. „*Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet.*“

3) *Fr.* 11. §. 1. *D.* 20, 1. — „*Antichresis est mutuus pignoris usus pro credito.*“ *Fr.* 33. *D.* 13, 17. — Die stillschweigende Antichresis findet Statt, wenn der Gläubiger keine Zinsen bedungen hat und ihm schlechthin eine fruchttragende Sache verpfändet worden ist. *Fr.* 8. *D.* 20, 2. „*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere,*“ Ueber die Frage: ob und in wiefern der antichretische Pfandgläubiger Rechnung über die gezogenen Früchte ablegen und den das gesetzliche Zinsenmaafs übersteigenden Betrag sich am Capital abziehen lassen müfse? s. vorzüglich Mackeldey §. 372. Note *c*. — Io. Henr. Wenzhardt *de pacto antichretico. Lugd. Bat.* 1725.

4) Die vertragswidrig geschehene Veräusserung ist *ipso iure* ungültig. *Fr.* 7. §. 2. *D.* 20, 5. s. Gesterding S. 125.

5) Es gilt der Grundsatz: *Res transit cum suo pignoris nexu.* Vgl. *Fr.* 16. §. 3. *D.* 20, 1. *c.* 12. *C.* 8, 28. *c.* 14. 15. *C.* 8, 14.

Digitized by Google

ungehindert alle aus seinem Eigenthume fliessenden Rechtsmittel gebrauchen, und wenn er nicht als Eigenthümer, sondern blofs als Civilbesitzer das Pfand bestellt haben sollte, so ist er befugt die gegen einen Dritten angefangene Usucapion ungestört fortzusetzen und zu vollenden [6]). — 2) Die Rechte des Pfandgläubigers auf der andern Seite, sind im Allgemeinen folgende: *a*) bei dem durch den *contractus pigneratitius* erworbenen Faustpfande geht die *possessio ad interdicta* auf den Gläubiger über [7]) (s. §. 150. Note k.), bei dem prätorischen Pfande hingegen blofs der natürliche Besitz [8]); dagegen behält bei der Hypothek der Schuldner sowohl den natürlichen als juristischen Besitz der Sache; *b*) der Gläubiger kann die ihm als Pfand übergebene Sache bis zu seiner gänzlichen Befriedigung zurückbehalten [9]) und das ihm an der verpfändeten Sache zustehende Recht gegen jeden Besitzer derselben geltend machen; *c*) er kann an der ihm ver-

---

6) *Fr.* 37. *D.* 41, 2. *Fr.* 16, *D.* 41, 3. — „*qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.*“ Ueber die Veräufserung der zu einer *taberna* gehörenden einzelnen Sachen vergl. *Fr.* 34. *pr. D.* 20, 1., welches Gesetz jedoch nicht auf jede *universitas rerum* anzuwenden ist. Vergl. Gesterding S. 126.

7) Wird dem Gläubiger vom Schuldner der Besitz des Faustpfandes entzogen, so ist *furtum possessionis* vorhanden. *Fr.* 66. *pr. D.* 47, 2. *Fr.* 3. §. 1. *D.* 47, 20. *c.* 3. *C.* 7, 8.

8) *Fr.* 3. §. 8. *D.* 43, 17. (s. §. 206). — Bei dem prätorischen Pfande braucht der Gläubiger nur für *dolus* und *culpa lata* einzustehen. *Fr.* 9. §. 5. *D.* 45, 2.; beim Faustpfand hingegen ist er für jede *culpa* verantwortlich. *Fr.* 13. §. 1. *Fr.* 14. *D.* 13, 7. *c.* 5. 6. 8. *C.* 4, 24. *c.* 19. *C.* 8, 14.

9) Also auch wegen der Zinsen und Unkosten. *Fr.* 8. *pr.* §. 5. *D.* 13, 7. Nach einer Verordnung K. Gordian's soll das *pignus* auch wegen einer chirographarischen Schuld zurückbehalten werden können (s. g. *ius retentionis qualificatum*). *T. T. C.* VIII, 27. s. Gesterding S. 132.

pfändeten Sache ein anderweites Pfand (*subpignus*) bestellen [10]), und endlich *d*) wenn der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit Zahlung leisten kann oder will, zur Veräusserung des Pfandes schreiten.

§ 210.

II) *Insonderheit von der Veräusserung des Pfandes.*

Dig. XX, 5. *Cod.* 28. 29. 30.

A) Recht der Veräusserung an und für sich.

Das Recht der Veräusserung steht dem Gläubiger in jedem Falle zu, sowohl wenn gar nichts darüber ausgemacht, oder die Erlaubnifs dazu ertheilt worden ist, als auch wenn das Gegentheil durch Vertrag bestimmt seyn sollte [1]). — Der gleich Anfangs hinzugefügte Vertrag, dafs dem Gläubiger im Falle der unterbliebenen Zahlung das Pfand ohne Weiteres zufallen solle (*lex commissoria s. pactum commissorium*) ist aber gesetzlich verboten, weil gewöhnlich darin ein verborgener Zinswucher enthalten seyn wird [2]). — Uebrigens kann der Gläubiger, wenn nichts

---

10) *Fr.* 13. §. 2. *D.* 20, 1. *c.* 1. *C.* 8, 24. (s. §. 203.)

1) Der Grund ist, weil die Veräusserung so sehr zum Wesen und zur eigenthümlichen Natur des Pfandes gehört, dafs ohne dieselbe das Pfandrecht gar keinen Nutzen gewähren würde und die Gesetze sogar aus der blofsen gestatteten Veräusserung das rechtliche Daseyn eines nicht ausdrücklich genannten Pfandes folgern. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 20, 4. — In der Regel kann der Gläubiger zum Verkaufe des Pfandes nicht gezwungen werden. *Fr.* 6. *D.* 13, 7.

2) *c.* 3. *C.* 8, 35. „*Quoniam inter alias captiones praecipua commissoriae* (*pignorum*) *legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*“ Nach älterem Rechte konnte ausgemacht werden, dafs der

besonders darüber ausgemacht ist, zur Veräusserung schreiten, so bald der Schuldner sich im Verzuge befindet [3]), und der Gläubiger ist verpflichtet dabei, als Stellvertreter des Schuldners, überall auf dessen Vortheil bedacht zu seyn [4]). Die Art und Weise der Veräusserung ist nach den Vorschriften des röm. Rechts anders bei dem willkührlich errichteten Faustpfande, anders bei den übrigen Arten der Pfänder und Hypotheken bestimmt.

Gläubiger für einen zu bestimmenden billigen Preis die Sache käuflich behalten, oder dafs sie dem Bürgen zufallen solle, der für den säumigen Schuldner bezahlt habe. *Fr.* 16. §. 9. *D.* 20, 1. *Fr.* 81. *pr. D.* 18, 1. Diese Ausnahmen lassen sich aber nach der *c.* 3. *C. cit.* nicht mehr annehmen. Vgl. Weber: wie weit erstreckt sich bei Verpfändungen das Verbot der *Lex comm.* Rostock 1783. (in d. Versuchen über das Civilrecht *nr.* 5.)

3) Einige wollen, nach der *c.* 3. §. 1. *C.* 8, 34. dieses Recht dem Gläubiger, in Ermangelung einer besonderen Uebereinkunft erst nach Ablauf von zwei Jahren gestatten, namentlich Hofacker, Thibaut u. m. A.; allein das Gesetz bezieht sich offenbar nur auf solche Gläubiger, die das Eigenthum an dem Pfande erwerben wollen, nicht auf sonstige Veräusserungen. Es erhellet dieses theils aus den Anfangsworten des angeführten Gesetzes, theils aus der Ueberschrift des Titels. Vgl. Corn. van Eck *de pactis pignorum cap.* 4. *th.* 5. Der Verzug des Schuldners wird übrigens entweder durch den bestimmten Zahlungstermin, oder durch die Aufforderung zur Zahlung herbeigeführt. Nur beim *pactum ne vendatur pignus* ist eine dreimal vergebens geschehene Mahnung des Schuldners nöthig, und zwar so, dafs immer eine Zwischenzeit von 10 Tagen abgewartet werden mufs. *c.* 10. *C.* 8, 14. *Fr.* 4. *D.* 13, 7. vgl. *Fr.* 21. §. 1. *D.* 13, 5. *Fr.* 68. 69. *D.* 5, 1.

4) *Fr.* 50. *D.* 21, 2. *c.* 4. *C.* 8, 28. Insonderheit darf nicht mehr, als nöthig ist, und die entbehrlichsten Sachen müssen zuerst verkauft werden. *c.* 4. 6. 7. 8. *C. eod. Fr.* 6. *pr. D.* 13, 7. *Fr.* 15. §. 2. *D.* 42, 1.

Digitized by Google

Bei jenem kann zwar die Veräusserung aussergerichtlich geschehen, der Schuldner mufs jedoch dabei adcitirt werden und die Veräusserung mufs öffentlich geschehen [5]; auch darf der Gläubiger, ohne Erlaubnifs, die Sache nicht selbst, etwa durch einen Bevollmächtigten (*sub imagine alterius personae*) kaufen [6]. Findet sich kein Käufer, so mufs dem Schuldner eine abermalige Anzeige geschehen, oder, wenn er abwesend ist, der Richter gebeten werden, eine gewisse Zeit der Pfandeinlösung zu bestimmen. Nach Ablauf derselben kann der Gläubiger sich vom Princeps das Eigenthum des Pfandes zusprechen lassen, wiewohl dem Schuldner noch frei steht, innerhalb zwei Jahren das Pfand durch Bezahlung der Schuld mit den Zinsen wieder einzulösen [7]. — Die übrigen Arten der Pfänder können nur unter richterlicher Auctorität veräussert werden und das Verfahren besteht darin, dafs, nach einem fruchtlos abgelaufenen viermonatlichen Zahlungstermine, die Pfandergreifung oder Immission erfolgt, zur Veräusserung selbst aber hierauf erst nach zwei Monaten geschritten wird [8]. Der Gläubiger hat auch bei der gerichtlichen Versteigerung das Recht, die Sache selbst zu kaufen [9]. — Sollte der Gläubiger das Pfand nicht in der gesetzlich

5) *c.* 4. 9. *C.* 8, 28. *c.* 1. *C.* 8, 34. *c.* 3. *C.* 7, 53.

6) *c.* 10. *C.* 8, 28. *Fr.* 34. *D.* 13, 7.

7) *T. T. C.* VIII, 34. (*de iure dominii impetrando*) vgl. *Fr.* 24. *D.* 13, 7. Durch die *dominii impetratio* wird übrigens die Forderung nur bis auf die Summe des Kaufpreises vernichtet. *c.* 3. §. 4. *C. h. t.* vergl. dagegen *Fr.* 15. §. 3. *D.* 42, 1. (Ueber den heutigen Gebrauch der *dominii impetratio* s. Stryk *de constit. et persecut. pignor.* §. 43. Brunnemann *ad l. fin. C. de iure dom. impetr.*)

8) *c.* 2. 3. *C.* 7, 54. *Fr.* 31. *in f. D.* 42, 1.

9) *c.* 2. 3. *C.* 2, 23. Die ganze Lehre von der Art und Weise der Pfandveräusserung ist sehr bestritten. Vergl. überhaupt Gesterding S. 146. *fg.*

Digitized by Google

vorgeschriebenen Form veräussert haben, oder ohne dazu überhaupt befugt zu seyn (z. B. vor eingetretenem Zahlungsverzuge des Schuldners), so ist die Veräusserung ungültig und der Schuldner kann die veräusserte, noch nicht usucapirte Sache von jedem Besitzer vindiciren [10]; sollte aber der Gläubiger die Veräusserung nicht in gutem Glauben vorgenommen haben, so kann der Schuldner zunächst gegen den Gläubiger mit der *actio pigneratitia contraria* auf das Interesse klagen [11], und auch gegen den Käufer selbst mit der *actio utilis ex vendito* Restitution verlangen, insonderheit wenn dieser Theil an dem Betruge genommen hat (*si fraudis conscius sit*) und der zuvor belangte Gläubiger nicht im Stande ist, das Interesse zu ersetzen [12].

§. 211.

B) Wirkungen der gültig geschehenen Veräusserung.

Die Wirkungen der gültig geschehenen Veräusserung lassen sich sowohl in Hinsicht auf den Käufer, als auf den verkaufenden Gläubiger, als endlich auf den Schuldner bestimmen. 1) Der Käufer erwirbt eben so gültig das Eigenthum an der ihm verkauften Pfandsache, als wenn der Schuldner selbst, als bisheriger Eigenthümer, ihm die Sache verkauft hätte. In der Regel ist daher der Schuldner nicht befugt, das verkaufte Pfand vom Käufer, gegen Wiedererstattung des Kaufpreises, zurückzuverlangen; doch giebt es Ausnahmen, welche entweder in einem eingegangenen Vertrage [1], oder in der persönlichen Be-

10) *c.* 2. *C.* 8, 30. *c.* 8. *C.* 8, 28.

11) *c.* 4. 7. *C.* 8, 28.

12) *c.* 1. 3. 4. *C.* 8, 30.

1) Der Vertrag der Wiedereinlösung (*pactum reluitionis*) kann entweder auf den verkaufenden Gläubiger, oder geradezu

Digitized by Google

schaffenheit des Käufers ihren Grund haben [2]). 2) Bei dem verkaufenden Gläubiger kommt Alles darauf an, ob er die Sache schlechthin als seine eigene, oder ausdrücklich als eine ihm blofs verpfändete Sache verkauft hat. In jenem Falle tritt für ihn ohne Zweifel die Verbindlichkeit ein, Eviction zu leisten [3]); in diesem Falle aber braucht der Verkäufer weiter nichts, als das ihm zustehende Pfandrecht abzutreten, denn nur dieses ist im Grunde betrachtet verkauft worden. Der verkaufende Gläubiger kann aber begreiflicher Weise die in gutem Glauben gekaufte Sache nicht selbst als Eigenthümer in Anspruch nehmen [4]). 3) Der bisherige Schuldner, dessen Pfand verkauft worden ist, wird natürlich durch die Kaufsumme, welche der Gläubiger erhalten hat, von seiner Verbindlichkeit befreiet, vorausgesetzt, dafs er gerade so viel erhalten hat, als diese beträgt. Nicht also,

---

auf den Schuldner gestellt seyn. In jenem Falle kann der Gläubiger ohne Zweifel das durch den Vertrag erlangte Recht dem Schuldner abtreten (*Fr.* 7. *pr. D.* 20, 5.); in diesem Falle aber scheint die Sache bedenklicher zu seyn; da Niemand für einen Dritten gültig einen Vertrag soll schliefsen können: dennoch aber kann sowohl der Gläubiger selbst, welcher zum Vortheil des Schuldners den Vertrag hinzufügte, aus demselben klagen (vgl. *Fr.* 38. §. 20. *D.* 25, 1.), als auch der Schuldner selbst *suo iure* (vergl. *Fr.* 13. *D.* 13, 7.) Denn der Schuldner soll aus diesem Vertrage eigentlich kein Recht erwerben, sondern ihm blofs das Eigenthumsrecht, das er zuvor hatte, erhalten werden. s. mein Recht der Forderungen S. 31.

2) Dieses ist namentlich der Fall, wenn der Bürge des Schuldners, oder ein nachfolgender Gläubiger das Pfand an sich gebracht hat, weil bei ihm kein eigentlich freier Kauf angenommen werden kann. *Fr.* 2. 5. §. 1. *Fr.* 6. *D.* 20, 5.

3) *Fr.* 11. §. 2. *D.* 19, 1.

4) *Fr.* 11. §. 16. *D.* 19, 1. *Fr.* 10. *D.* 20, 5.

wenn er weniger [5]), als er sollte, bekommen hat, oder wenn er den Kaufpreis ohne seine Schuld nicht erhalten kann [6]). Hinsichtlich des Fehlenden bleibt die Forderung selbst, immer noch als eine blofs persönliche, bestehen. Sollte mehr aus der Veräusserung gelöst seyn, als die Verbindlichkeit des Schuldners beträgt, so mufs, wie sich von selbst versteht, der Ueberschufs (Τπεροχὴ) dem Schuldner, oder sonst Berechtigten, herausgegeben werden [7]).

Zweiter Absatz.

Zwischen mehrern Gläubigern.

Dig. XX, 4. *Cod.* VIII, 18. 19.

---

§. 212.

I) *Von dem Falle, wo Mehrern dieselbe Sache zu einer und derselben Zeit verpfändet ist.*

Wenn mehrere Gläubiger, welchen derselbe Gegenstand verpfändet ist, zusammentreffen und alle nicht daraus befriedigt werden können, so entsteht nun die Frage: wie der Vorzug unter ihnen bestimmt werden soll? — Es kommt hierbei Alles darauf an, ob dieselbe Sache mehrern Gläubigern entweder zu einer und derselben Zeit, oder zu verschiedener Zeit verpfändet worden ist. — Wenn zunächst die Pfandbestellung *uno*

5) Entweder weniger Geld, oder weniger Recht. Vgl. *Fr.* 9. §. 1. *Fr.* 12. *in f. D.* 20, 5.

6) *Fr.* 9. *D. eod.*

7) *Fr.* 24. §. 2. *Fr.* 35. *pr. Fr.* 42. *pr. D.* 13, 7.

Digitized by Google

eodemque tempore erfolgt ist, so kann dieses auf eine dreifache Weise geschehen seyn: 1) entweder so, dafs das Pfandrecht einem Jeden ausdrücklich an der ganzen Sache (*in solidum*) ertheilt worden; alsdann ist jeder Gläubiger befugt, gegen einen Dritten die hypothekarische Klage auf das Ganze anzustellen [1]) und wenn Mehrere zugleich klagen sollten: „*partes concursu fiunt*"; unter den Gläubigern selbst aber geht der Besitzer vor [2]); 2) oder so, dafs die Verpfändung mit Anweisung eines bestimmten Theiles an der verpfändeten Sache (*pro partibus*) geschehen ist; alsdann ist ein Jeder nur befugt, eine utile Klage auf seinen Theil anzustellen [3]); 3) oder endlich so, dafs die Verpfändung schlechthin (*simpliciter*) erfolgt ist; d. h. ohne dafs bestimmt worden, die Sache solle Jedem *in solidum* oder *pro parte* verpfändet seyn; alsdann richtet sich unter den Gläubigern selbst der Antheil, den ein Jeder an dem Pfande hat, nach der Quantität seiner Forderung, gegen einen dritten Besitzer aber kann von dem einzelnen Pfandgläubiger die Klage nur dann *in solidum* ange-

---

1) Hierauf bezieht sich der Grundsatz: „*si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est.*" *Fr.* 20. §. 1. *D.* 13, 7.

2) *Fr.* 10. *initio D.* 20, 1. „*Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.*" Vergl. *Fr.* 128. *D.* 50, 17. „*In pari causa possessor potior haberi debet.*"

3) *Fr.* 20. *in f. D.* 20, 1. „*Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos, et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.*"

Digitized by Google

angestellt werden, wenn einem Jeden zu derselben Zeit das nemliche Pfand besonders (*separatim*) verpfändet ist, wenn aber Mehrere zusammen (*simul*) nur *pro parte* [4]).

§. 213.

II) *Von dem Falle, wo dieselbe Sache zu verschiedener Zeit Mehrern verpfändet worden ist.*

A) Von dem in der Regel eintretenden Grundsatze der Erstigkeit der Zeit.

Wenn dieselbe Sache Mehrern zu verschiedener Zeit verpfändet worden ist, so gilt in der Regel der bekannte Grundsatz: „*qui prior est tempore, potior est iure*“ [1]). Dieser Grundsatz beruhet nemlich auf der offenbarsten Billigkeit, indem das einmal gehörig constituirte Pfand in der Folge, wider den Willen des Gläubigers, so wenig aufgehoben, als durch eine weitere Verpfändung beschränkt werden darf. Bei der Anwendung desselben ist jedoch begreiflich nur allein auf das Alter des Pfandes selbst und nicht auf das der Forderung zu sehen, wo-

4) *Fr.* 16. §. 8. *D.* 20, 1. „*Si duo pariter de hypotheca paciscantur: in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi si hoc actum est* (d. i. wenn ausdrücklich das Pfand einem Jeden *in solidum* bestellt ist, s. den ersten Fall) *uterque recte in solidum aget: si minus, unusquisque pro parte.*“ (Das Letztere ist der eigentlich hierher gehörende Fall, wo Mehrern zusammen schlechthin dasselbe Pfand constituirt worden ist.)

1) *c.* 8, *C.* 8, 18. *Fr.* 11. *pr. D.* 20, 4.

Digitized by Google

für das Pfand bestellt worden ist [2]). Der erwähnte Grundsatz kommt übrigens bei allen Arten der Pfänder zur Anwendung [3]), und auch das Zusammentreffen eines allgemeinen und besonderen Pfandrechts kann ihn nicht aufheben, daher die ältere Generalhypothek der jüngern Specialhypothek vorgeht und umgekehrt die ältere Specialhypothek, so weit diese reicht, der jüngeren Generalhypothek [4]).

§. 214.

B) Ausnahmen.

1) Im Falle eines zustehenden Privilegs.

Alle welche an den Pfändern oder Hypotheken der Pfandgläubiger wieder ein Pfandrecht erworben haben (*creditores creditorum*), sollen als s. g. Separatisten immer den Vorzug vor den Gläubigern haben, an deren Pfändern oder Hypotheken sie ein Pfandrecht erworben haben [1]). Hiervon abgesehen, sind mit einem bevorzugten Pfandrechte (*pignus privilegiatum s. qualificatum*) theils mehrere gesetzliche, theils mehrere conventionelle Hypotheken versehen. 1) Ein gesetzliches privilegirtes

2) *Fr.* 12. §. 2. *D.* 20, 4.

3) *Fr.* 10. 12. *D.* 20, 4. *c.* 2. *C.* 8, 18. *c.* 3. *C.* 8, 54.

4) *Fr.* 2. *D. eod.* Ueber die gleichzeitige Verbindung der allgemeinen und besonderen Hypothek ist bereits oben §. 204. a. E. das Nöthige bemerkt worden. Die besondere Hypothek kann aber auch dem älteren, mit einer allgemeinen Hypothek versehenen Gläubiger, ausdrücklich blofs *in subsidium* ertheilt seyn, Vergl. (*Fr.* 2. *D. cit. verb.* „*Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum certa* (Die Leseart *caetera* ist unrichtig) *bona pignori haberentur, si pecunia de his quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventione secundus creditor, in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.*“

1) *Fr.* 13. §. 1. *D.* 20, 1. *c.* 1. *C.* 8, 23. Vgl. Thibaut §. 655.

Digitized by Google

Pfandrecht hat: *a*) der Fiscus wegen rückständigen Abgaben [2]; *b*) derjenige *qui in militium emendam credidit*; *c*) die Ehefrau wegen der Dos und ihrer Vermehrung [3];

---

2) An dem Vermögen des s. g. *Primipilus* hat der Fiscus kein allgemeines gesetzliches Privileg, sondern er soll *ob debitum primipilare* blofs der Ehefrau des Primipilus als einer Mitschuldnerin des letzteren vorgehen, vgl. *c.* 4. *C.* 8, 15. *c.* 3. *C.* 12, 63., und auch die Kinder des Primipilus, obgleich sie nicht Erben ihres Vaters geworden sind, für ihren Vater bezahlen müssen. *c.* 4. *C.* 12, 63. s. Thibaut §. 657. (Gewöhnlich wird behauptet, der Primipil sey ein Zahl- oder Proviantmeister gewesen, die eigentliche Function desselben läfst sich aber nicht mehr angeben. Vgl. jedoch Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. 3. §. 12. Gesterding S. 227.) — Wegen Contracts- und Verwaltungsansprüchen kann man dem Fiscus gleichfalls kein allgemeines Privileg beilegen, sondern es soll hier nur das singulaire Vorrecht eintreten, dafs an den *rebus futuris* die Hypothek des Fiscus zurückdatirt wird, d. h. es soll der Fiscus, wenn er der jüngere Pfandgläubiger ist, dem älteren Pfandgläubiger bei dem künftig erst erworbenen Vermögen vorgezogen und die Sache so angesehen werden, als ob er seine Hypothek an den *rebus futuris* schon früher vor den übrigen Pfandgläubigern erworben gehabt habe. *Fr.* 28. *D.* 49, 14. *c.* 2. *C.* 7, 73. Doch ist die Sache sehr bestritten wegen des *Fr.* 21. *D.* 20, 4. vergl. Gesterding S. 213. fg. Christ. Ulr. Ludw. Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contracte erworbenen Gütern des Schuldners, nach der *L.* 28. *D. de iure fisci.* Schwerin u. Wism. 1800. Unterholzner Versuch einer neuen Erklärung des *Fr.* 28. *cit.* (in d. jurist. Abh. *nr.* 2.)

3) *c.* 12. §. 1. *C.* 8, 18. *Nov.* 109. *c.* 1. vgl. §. 29. *I.* 4, 6. „*Praeferri autem aliis creditoribus tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cuius sollius providentia hoc induximus.*“ Den Kindern steht gesetzlich dieses Privileg nur dann zu, wenn neben ihnen ihre Stiefmutter gleichfalls ihre Dos zurückfordert. Vgl. die angef. Gesetze und Thibaut §. 657. Der Gerichtsgebrauch gestattet es den

d) der Pupill an der von einem Dritten mit seinem Gelde gekauften Sache [4]); *e*) derjenige welcher zur Wiederherstellung eines Hauses, baares Geld geliehen hat [5]). — 2) Ein conventionelles privilegirtes Pfand hat: *a*) derjenige, welcher zur Erbauung eines ganz neuen Hauses oder zur Anschaffung einer unbeweglichen Sache oder eines Schiffes irgend etwas hergeliehen und sich für das zu dem befragten Zwecke wirklich Verwendete sogleich eine Hypothek hat bestellen lassen [6]), desgleichen derjenige, welcher überhaupt zur Ausbesserung oder Erhaltung eines Hauses oder einer andern Sache etwas hergeliehen hat [7]); *b*) derjenige, welcher sich an einer auf Credit verkauften unbeweglichen Sache oder eines Schiffes ein Pfandrecht vorbe-

---

Kindern allgemein und diese Meinung vertheidigt auch Gesterding S. 228. — Wegen der Paraphernalien hat die Frau keine gesetzliche Hypothek. *c.* 11. *C.* 5, 14.

4) *Fr.* 3. *pr. D.* 27, 9. *Fr.* 7. *pr. D.* 20, 4.

5) *Fr.* 5. 6. *pr.* §. 1. *D.* 20, 4. Diese gesetzliche Hypothek gehört jedoch nur unter der Voraussetzung zu den privilegirten, dafs das geliehene Geld wirklich hierzu verwendet worden. s. Gesterding, S. 229.

6) *c.* 7. *C.* 8, 14. *c.* 17. *C.* 8, 18. *Nov.* 97. *c.* 3. — Auf den Ankauf anderer Sachen läfst sich gesetzlich das Privileg nicht anwenden. Io. Chph. Koch *de pecunia ad rem emendam credita privilegiata et non privilegiata. Giss.* 1782.

7) Es ist schon oben (§. 208. Note 2.) bemerkt worden, dafs es bestritten sey, ob derjenige, welcher zur Ausbesserung oder Erhaltung eines Hauses oder einer andern Sache etwas hergeliehen, ein gesetzliches Pfandrecht habe. Der Grund des conventionellen privilegirten Pfandes liegt aber darin: „*quia sua pecunia salvam fecit totius pignoris causam.*“ *Fr.* 5. 6. *D.* 20, 4.

Digitized by Google

halten hat [8]). — Im Fall mehrere bevorzugte hypothekarische Gläubiger zusammentreffen, soll 1) der Fiscus wegen rückständiger Abgaben den Vorzug haben [9]); sodann kommt 2) derjenige, *qui in militiam emendam credidit* [10]); 3) die Ehefrau wegen ihres Heirathsgutes; 4) endlich alle übrigen privilegirten Gläubiger [11]). Unter mehrern gleichberechtigten Gläubigern giebt wieder die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

§. 215.

2) Im Falle der wirklichen oder angenommenen Oeffentlichkeit (*Pignus publicum* und *quasi publicum*).

I. H. Böhmer *de praerogativa hypothecar. publicar. Hal.* 1744. (*in Exercitatt. T.* III.) Hofacker *de praerogativa pignor. publicor. Tub.* 1780.

Eine zweite Ausnahme von dem obigen Grundsatze der Erstigkeit der Zeit tritt ein, wenn der nachstehende Gläubiger sein Pfandrecht aus einer öffentlichen, oder einer von drei tüchtigen männlichen Zeugen unterschriebenen Urkunde darthun kann (*si pignore publico, vel quasi publico gaudet*). Hier soll derselbe, auch wenn er

---

8) *arg. c.* 7. *C.* 8, 18. *Nov.* 97. *c.* 3. Auf andere verkaufte Sachen dürfte dieses Privileg wohl nicht ausgedehnt werden. s. jedoch Pufendorf I. *obs.* 212.

9) Nach den Grundsätzen des gemeinen bürgerlichen Processes gehört derselbe in die Classe der absolut privilegirten Gläubiger. s. Martin Lehrb. d. bürgerl. Processes §. 523.

10) Vorausgesetzt: dafs er sich nach Vorschrift der *Nov.* 97. *c.* 4. ein Vorrecht ausdrücklich bedungen hat, denn sonst steht er der Frau nach, geht aber allen Andern vor. (Dieser Fall fällt h. z. T. gänzlich weg.)

11) Die Rangordnung unter den privilegirten Gläubigern ist sehr bestritten. Vgl. z. B. Thibaut §. 658. mit Gesterding S. 236. fg.

Digitized by Google

ein der Zeit nach jüngerer Pfandgläubiger ist, dem älteren vorgezogen werden, dessen Pfandrecht auf einem schwächeren Beweise, d. i. auf einer blofsen Privaturkunde oder auf gar keiner Urkunde beruhet [1]). Begreiflicher Weise kann aber diese Ausnahme nur allein auf das Zusammentreffen von älteren und jüngeren Conventionalhypotheken bezogen werden, nicht aber auf gesetzliche, gerichtliche und testamentarische Hypotheken, die als solche gleichfalls mit öffentlichem Glauben versehen sind [2]).

§. 216.

3) Im Falle der nachstehende mit schwächerm Rechte begabte Gläubiger an die Stelle des vorhergehenden tritt (*ius offerendi*).

Gust. Bern. Becmann *D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Gött.* 1781. — Chr. Glieb Haubold *De iure offerendi ex quo in priorum creditor. locum succeditur. Lips.* 1793. — Chr. Friedr. Mühlenbruch Lehre von der Cession §. 44. S. 435.

Der nachstehende Pfandgläubiger kann endlich sein Recht auch dadurch wirksam erhalten, dafs er in die

---

1) *c.* 11. *C.* 8, 18. „— — *Cum qui instrumentis publice confectis utitur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium, vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*“ *Auth. Si quis C. eod. Nov.* 73. *c.* 1.

2) Sehr richtig bemerkt Böhmer (*l. c.* §. 16.), dafs ein gesetzliches Pfand, dem öffentlichen vollkommen gleich stehet, indem dasjenige, was das Gesetz oder die gesetzgebende Gewalt vorschreibt, nicht weniger Wirkung haben mufs, als dasjenige, was sonst in einer öffentlichen Form vorgenommen wird. Vgl. Huber *ad Dig.* XX, 4. Leyser *spec.* 226. *nr.* 1.

Stelle des ihm vorhergehenden Gläubigers tritt. Dieser Eintritt kann erfolgen 1) mit Einwilligung des vorhergehenden Gläubigers, wenn dieser sein stärkeres Pfandrecht abtritt; 2) mit Einwilligung des Schuldners, wenn der nachstehende Pfandgläubiger dem Schuldner Geld leihet, damit der vorhergehende Gläubiger abgefunden werde, dabei sich die Succession an die Stelle desselben ausdrücklich vorbehält und die Abfindung wirklich geschiehet [1]), oder wenn derselbe dem Schuldner die dem vorhergehenden Pfandgläubiger verpfändete Sache so abgekauft hat, dafs dieser mit dem Kaufpreise befriedigt worden ist [2]); 3) ohne Zustimmung des Gläubigers oder Schuldners, wenn der nachstehende Gläubiger dem vorhergehenden seine Forderung vollständig bezahlt, oder wenn er die Zahlung anzunehmen sich weigern sollte, versiegelt und gerichtlich hinterlegt (*ius offerendi*) [3]). Dieses Recht kann vom nachstehenden Gläubiger [4]), um sich

---

1) *c.* 1. *C.* 8, 19. „*Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat: ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat.*“ *Fr.* 3. *D.* 20, 3. *Fr.* 12. §. 8. *D.* 20, 4.

2) Hier versteht sich der Eintritt, auch ohne ausdrückliche Verabredung, von selbst. *c.* 3. *C. eod.* „*Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse tu dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in ius eorum successisti, et contra eos qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.*“ *Fr.* 17. *D.* 20, 4.

3) *c.* 1. *C.* 8, 18. „*Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit.*“ *Fr.* 11. §. 4. *Fr.* 12. §. 6. *D.* 20, 4.

4) Blofs chirographarische Gläubiger können die hypothekarische Stelle eines Gläubigers nur mit Einwilligung

dadurch sein Pfandrecht zu erhalten [5]), nicht blofs gegen jeden vorhergehenden Gläubiger ausgeübt werden, auch wenn er selbst in die Stelle eines andern bereits getreten seyn sollte, sondern auch gegen den Bürgen, der durch Befriedigung des vorhergehenden Pfandgläubigers das Pfand an sich gebracht hat [6]). Auf keinen Fall dürfen aber die wohlerworbenen Rechte der in der Mitte stehenden Gläubiger dadurch verletzt werden [7]) und es kann davon überhaupt nur so lange die Rede seyn, als das Pfand von dem vorhergehenden Gläubiger noch nicht auf die gehörige Art und Weise einem Dritten verkauft worden ist [8]).

---

entweder des Gläubigers, oder des Schuldners (in den oben unter 1. u. 2. angeführten Fällen) erlangen. *c.* 10. *C.* 8, 18. Glück Comm. Th. 19. S. 358. u. 368. fg. Hofacker § 1218.

5) z. B. wenn der vorhergehende Gläubiger, gerade zu einer ungünstigen Zeit das Pfand veräussern, oder wegen einer chirographarischen Forderung ein Retentionsrecht ausüben will. *Fr.* 20. *D.* 20, 4. *c.* 22. *C.* 8, 14. Ueber die sonstigen Vortheile des Eintretungsrechts s. Glück a. a. O. Th. 19. S. 365. fg.

6) *Fr.* 2. 5. §. 1. *D.* 20, 5. *c.* 1. *C.* 8, 20. vgl. §. 211. Note 2.

7) *Fr.* 16. (*Claudius Felix*) *D.* 20, 4. Ueber die Interpretation dieses schwierigen Gesetzes vergl. vorzüglich Donellus *de pignorib. cap.* 13. Glück a. a. O. S. 379. fg.

8) *Fr.* 3. *pr. D.* 20, 5. *c.* 1. *C.* 8, 20. Ueber andere Fälle, in welchen das *ius offerendi* ausgeschlossen ist, s. Günther *princ. p.* 299.

Zweites Capitel.

Von den aus dem Pfandrecht entspringenden Rechtsmitteln.

§. 217.

I) *Ordentliche Rechtsmittel.*

Die ordentlichen aus dem Pfandrecht entspringenden Rechtsmittel beziehen sich entweder auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und Schuldner, oder zwischen dem Gläubiger und dritten Besitzer des Pfandes. Zu den ersteren gehört die *actio pigneratitia*, sowohl *directa* als *contraria*, zu den letzteren vorzüglich die *actio hypothecaria*. Bei der *actio pigneratitia* wird zwar eigentlich ein Pfandcontract vorausgesetzt und insofern gehört die Klage, als eine persönliche, in das Recht der Forderungen, sie findet aber auch bei jedem sonstigen Pfandrechte, der persönlichen Verpflichtungen wegen, *utiliter* Statt [1]) und in dieser Beziehung mufs sie allerdings schon hier erwähnt werden. Bei der *directa* klagt der Schuldner und dessen Erbe, wider den Gläubiger und dessen Erben, damit, nach völlig getilgter Schuld, das Pfand mit allem Zubehör herausgegeben werde. Bei der *contraria* hingegen tritt der Gläubiger und dessen Erbe, wider den Schuldner und dessen Erben als Kläger auf, um dadurch eine gerechte Schadloshaltung zu erlangen. — Die *actio hypothecaria* [2]) auf der andern Seite

1) *Fr.* 11. §. 5. *D.* 13, 7. „— *si domum conduxeris et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneratitia adversus te potero experiri.*“ *Fr.* 34. §. 2. *D.* 39, 2. *Fr.* 9. *D.* 42, 5. (vgl. §. 200. a. E.). — Nach der Analogie sollte hier blofs von einer *actio in factum* die Rede seyn.

2) §. 7. *I.* 4, 6. Bisweilen wird sie abusiv *pigneratitia* genannt. Vgl. *Fr.* 3. §. 3. *D.* 10, 4. *Fr.* 41. *D.* 13, 7. *Fr.* 9. *pr. D.*

Digitized by Google

gründet sich, als dingliche Klage, auf das dem Kläger zustehende Pfandrecht, einerlei ob ihm ein ausdrückliches, oder stillschweigendes Pfand, eine Hypothek oder ein Faustpfand constituirt ist. Kläger ist demnach der Gläubiger und dessen Erbe [3]), der nicht im Besitze des verpfändeten Gegenstandes sich befindet; sollte er besitzen und das Pfand vom Schuldner oder einem Dritten in Anspruch genommen werden, so kann er sich natürlich mit der Einrede des ihm bestellten Pfandes schützen [4]). Beklagter ist jeder Besitzer der verpfändeten Sache, entweder der Schuldner selbst oder dessen Erbe, oder ein nachstehender Gläubiger, oder auch ein Dritter, und es kommt dabei weiter nicht in Betracht, ob der Besitzer die Sache von dem Schuldner selbst oder von einem Andern erhalten hat, ob er wirklich besitzt oder rechtlich für den Besitzer gehalten wird (vergl. §. 167.) [5]). Der dritte Besitzer kann jedoch die Einrede der Vorausklage (*exceptio excussionis*) gebrauchen, vermöge deren zu-

---

20, 6. *Fr.* 19. 30. §. 1. *D.* 44, 2. — Bei der Hypothek des Verpachters eines Landgutes führte die Klage bei den Römern auch den Namen *actio Serviana*, in allen übrigen Fällen aber *quasi Serviana* oder *Serv. utilis*. Vgl. Ger. Noodt *Observ.* II, 8. Egid. von Löhr einige Bemerkungen üb. die dinglichen Pfandklagen (in d. Magazin für Rechtsw. u. Gesetzgebung Th. 3. S. 120.)

3) Sind mehrere Erben vorhanden, so kann jeder von ihnen auf das ganze Pfand klagen: *pignoris enim causa est individua. c.* 11. *C.* 8, 32. vgl. *Fr.* 65. *D.* 21, 2.

4) *Fr.* 6. §. 9. *D.* 10, 3.

5) Gegen den Schuldner kann die hypothekarische Klage mit der persönlichen cumulirt werden, *Nov.* 4. *c.* 2., und es findet auch ein successiver Concurs beider Klagen Statt, *Fr.* 13 §. 4. *D.* 20, 1. *c.* 8. *C.* 8, 14.; übrigens aber ist das alternative Gesuch: entweder Zahlung zu leisten, oder das Pfand herauszugeben, unstatthaft. s. Erxleben §. 312.

Digitized by Google

vor der Hauptschuldner und dessen Bürge in Anspruch genommen werden mufs [6]). Auf jeden Fall mufs der Kläger den Beweis des Grundes seiner Klage führen; gegen den Pfandschuldner ist der blofse Beweis der Verpfändung hinreichend, nicht aber gegen einen andern Pfandgläubiger oder Dritten, denn hier kommt es darauf an: ob der Beklagte die Sache von dem Verpfänder des Klägers, oder von einem Andern erworben hat. Dort mufs der Kläger sein früheres oder sonst vorzüglicheres Recht beweisen; hier aber darüber den Beweis führen, dafs die Sache zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder eigenthümlich gehörte, oder, wenn der Beklagte mit schwächerem Rechte besitzen sollte, dafs der Verpfänder ein Besitzer in gutem Glauben war [7]). Sollte das Pfand nach erfolgter Litiscontestation durch die Schuld des Beklagten untergegangen seyn, so wird von ihm das Interesse gefordert; der Schuldner selbst braucht jedoch weiter nichts als den Betrag seiner Schuld zu leisten [8]).

---

6) *Nov.* 4. *c.* 2. *Auth.* „*Hoc si debitor*“ *C.* 8, 14. *Auth.* „*praesente*“ *C.* 8, 41. (Anders nach älterem Rechte, Rechte; vgl. *c.* 14. *C.* 4, 10. *c.* 14. 24. *C.* 8, 14.) — Fr. Carol. Conradi *de beneficio excussionis, possessori hypothecae specialis non competente.* Helmst. 1747. Io. Chph. Koch *de benef. excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente* Giss. 1783. Die *Nov.* 112. *c.* 1. enthält blofs eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Schuldner eine von ihm speciell verpfändete Sache nach dem wider ihn vom Pfandgläubiger bereits anhängig gemachten Processe, veräussert hat. — (Ueber die Einrede der Verjährung s. unten §. 222.)

7) *Fr.* 41. *D.* 13. 7. *Fr.* 15. §. 1. *Fr.* 18. *D.* 20, 1. vergl. Thibaut §. 664.

8) *Fr.* 21. §. 3. *D.* 20, 1. „*Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia*

§. 218.

II) *Summarische Rechtsmittel.*

Dahin gehören 1) beim prätorischen Pfande das *Interdictum ne vis fiat ei, qui in posseessionem missus est* (§. 206.); 2) beim Faustpfandgläubiger die gewöhnlichen *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis*; 3) endlich das *Interdictum Salvianum*, welches dem Verpachter eines *praedii rustici* hinsichtlich der ihm ausdrücklich verpfändeten Sachen gegeben wird [1]), und das *Interdictum quasi Salvianum*, welches allen Pfandgläubigern gestattet wird, um damit den Besitz des Pfandes durchzusetzen [2]). Ob dieses Interdict, eben so wie die hypothekarische Klage, auch wider einen dritten Besitzer angestellt werden könne? ist bestritten [3]). Viele nehmen geradezu

---

non pluris interest; adversus caeteros possessores etiam pluris et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione."

1) §. 3. I. 4, 14. „*Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*"

2) *T. T. Dig.* XLIII, 33. *Cod.* VIII, 9. — Ioh. Lud. Ern. Püttmann *de Salviano interdicto. Lps.* 1773. — Dafs das Interdict vom Salvius Julianus, dem bekannten Sammler und Herausgeber des *Edicti perpetui* unter Hadrian (132. n. Chr.) herrühre und den Namen erhalten habe, wird zwar von Cujacius (*in Paratitlis* XLIII, 33.) und von Menagius (*in amoenitatib. iur. civ. cap.* 24. *pag.* 129) für wahrscheinlich gehalten; vergl. aber dagegen Bynkershoek *Observatt.* I, 24.

3) *Fr.* 1. §. 1. *D. h. t.* „*Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli adversus extraneum Salviano Interdicto recte experientur.*" *c.* 1. *C. h. t.* „*Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum*

einen gesetzlichen Widerspruch an, der sich nur durch den Vorzug des jüngeren im Codex befindlichen Gesetzes entscheiden lasse [4]; Andere unterscheiden zwischen dem *Interd. Salv. directum* und *utile* und behaupten, dafs nur das letztere gegen einen dritten Besitzer Statt finden könne [5]; noch Andere endlich nehmen bei der Pandektenstelle zu einer Verbesserung des Textes ihre Zuflucht [6].

---

tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione, vel quae ad exemplus eius instituitur, utilis adversus emtorem exercenda est."

4) Vergl. Cocceji *ius civ. controv.* XLIII, 33. Meifsner §. 40. Thibaut §. 665. Gesterding S. 361. Schweppe römisches Privatrecht §. 313. Mackeldey §. 382.

5) Cujacius *in Observatt.* V, 24. Erxleben §. 325. Konopak Instit. §. 678. (vgl. auch Hofacker *princ.* §. 4085.)

6) van de Water *in Observ.* I, 14. Ant. Faber *Errores Pragm. Dec.* 58. *Err.* 8. und auch Westphal im Pfandrecht §. 284. *n.* 314. wollen statt: „*Salviano interdicto recte experientur*" lesen: „*Serviana, non interdicto etc.* — (J. H. Böhmer *de actionib. sect.* 2. *cap.* 3. §. 105. versteht unter dem *Extraneus* den Pachter oder Pfandschuldner, im Gegensatz zu den beiden Miteigenthümern.)

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.
Von der Auflösung des Pfandes.

Dig. XX, 6.

§. 219.

I) *Auflösung aus einem unmittelbar in der verpfändeten Sache selbst liegenden Grunde.*

Der Grund der Pfandauflösung kann entweder unmittelbar in der verpfändeten Sache selbst liegen, oder in den Befugnissen der Interessenten. Was den ersten zunächst in Betracht kommenden Fall betrifft, so gehört dahin 1) der völlige Untergang der verpfändeten Sache [1]; sobald jedoch eine Restitution erfolgt, lebt auch das Pfandrecht wieder auf [2]; 2) die das Eigenthum aufhebende Specification der Sache, woran ein Specialpfand bestellt worden war [3].

1) *Fr.* 8. *pr. D. h. t.* „*Sicut re corporali extincta ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit.*“ Bei dem blofs theilweise erfolgten Untergange dauert natürlich das Pfand an der übrig gebliebenen Sache fort. *Fr.* 21. *D.* 13, 7. *Fr.* 13. *pr D.* 20, 1.

2) *Fr.* 29. §. 2. *D.* 20, 1. „*Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*“ (Anders beim Ususfruct, s. §. 195. Note 7.)

3) *Fr.* 18. §. 3. D. 13, 7. „*Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem, ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nomina-*

§. 220.

II) *Auflösung aus einem zunächst in den Befugnissen der Interessenten liegenden Grunde.*

A) Hinsichtlih des Gläubigers.

Das Recht des Gläubigers an der verpfändeten Sache hört auf: 1) entweder weil das Pfandrecht als solches aufgehoben wird, die Hauptforderung aber bestehen bleibt, insonderheit wenn die dem Pfande hinzugefügte Zeit und Bedingung eingetreten [1]), oder wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Remission des Pfandes erfolgt ist [2]); 2) oder weil die Hauptforderung getilgt wird, wovon das Pfand nur Folge und Accession war, namentlich *a*) durch

---

tim in dando pignore adiiciendum esse ait: quaecunque ex silva facta natave sint." Die blofse Veränderung der Sache durch Wegnahme oder Hinzufügung hebt jedoch das Pfand nicht auf. *Fr.* 16. §. 2. *D.* 20, 1. — (Konopak §. 315. läugnet die Aufhebung des Pfandes durch Veränderung der Sache.)

1) *Fr.* 6. *pr. D.* 20, 6. „*Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est.*"

2) *T. T. C.* VIII, 26. (*de remissione pignoris*). Bei der Hypothek ist die Erklärung eines entgegengesetzten Willens (vgl. *Fr.* 4. *D.* 20, 1.) und bei dem Faustpfande die blofse Rückgabe des bisher besesssenen Pfandes hinreichend. Eine stillschweigende Remission des Pfandes ist insonderheit dann anzunehmen, wenn der Gläubiger seinen Schuldner von der Hauptverbindlichkeit befreien wollte, diese Befreiung aber ungültig war. *Fr.* 1. §. 1. *D.* 20, 6. — Wenn der Gläubiger in die weitere Verpfändung, ohne Vorbehalt seines Rechts consentirt hat, so wird rechtlich vermuthet, dafs er sein Pfandrecht selbst, nicht blofs seinen Vorzug aufgegeben habe: der Gläubiger müfste denn beweisen, dafs etwas Anderes ausgemacht sey. *Fr.* 12. *pr. D.* 20, 6. *Fr.* 12. §. 4. *D.* 20, 4. a. M. ist Leyser *sp.* 233. *m* 3. 4.

Digitized by Google

gänzliche [3]) Bezahlung der Schuld (*luitio pignoris*), die auch wider Willen des Gläubigers und Schuldners von einem Dritten geschehen kann [4]); *b*) durch die mit dem Willen des Gläubigers [5]) erfolgte Befriedigung auf andere Weise; *c*) durch Confusion, die sich übrigens sowohl in der Person des Gläubigers, als des Schuldners ereignen kann [6]).

§. 221.

B) Hinsichtlich des Schuldners.

1) Von der von ihm vorgenommenen Veräusserung des Pfandes.

In der Regel wird durch die Veräusserung der verpfändeten Sache, welche der Schuldner vorgenommen hat, das an der Sache haftende Pfandrecht nicht aufgehoben, dieses geht vielmehr auf jeden Besitzer der verpfändeten Sache über (s. §. 209). Man unterscheide jedoch: 1) entweder giebt der Gläubiger, der frei über sein Vermögen zu verfügen berechtigt ist, ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung dazu, dann erlischt natürlich das Pfandrecht [1]);

---

3) Da der Grundsatz gilt: *pignoris causa est individua* (*c.* 6. *C.* 8, 28. *Fr.* 9. §. 3. *D.* 13, 7. *Fr.* 19. *D.* 20, 1.), so haftet das ganze Pfand auch für den geringsten übrig gebliebenen Theil der Forderung.

4) *T. T. C.* VIII, 31. (*de luitione pignoris*) vergl. *Fr.* 39. *D.* 3, 5. *Fr.* 12. §. 1. *D.* 20, 6. Das bloſse Anerbieten ist nicht hinreichend, die Deposition vertritt aber die Stelle der Zahlung. *c.* 20. *C.* 8, 14. *c.* 10. 12. *C.* 4, 24.

5) *Contentus enim quisque non invitus sed volens redditur.*

6) *Fr.* 20. §. 3. *Fr.* 24. *pr. D.* 13, 7. *Fr.* 9. *pr. D.* 20, 6.

1) *Fr.* 7. *pr. D.* 20, 6. „*Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore* (*auctore*) *consenserit, aut etiam ipse tutor: scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit.*“ *c.* 2. 4. *C.* 8, 26. Auch die nach-

die blofse Wissenschaft des Verkaufes, mit dem Stillschweigen des Gläubigers verbunden, begründet jedoch an und für sich keine Einwilligung [2]; dagegen aber ist ein stillschweigender Consens anzunehmen, wenn der Gläubiger selbst etwas vorgenommen hat, damit der Käufer desto zuversichtlicher kaufe, z. B. wenn er in der Absicht seinem Rechte zu entsagen, nicht blofs als Zeuge, das Kaufinstrument unterschrieben hat [3]; 2) oder der Gläubiger hat nicht eingewilliget, alsdann bleibt in der Regel das Pfand bestehen, ausgenommen, wenn der Gläubiger arglistig zum Verkaufe schweigt [4], oder es wissentlich geschehen läfst, dafs der Fiscus das Pfand verkauft [5], oder wenn etwas aus einer verpfändeten *universitas rerum*, die, hinsichtlich der einzelnen darin enthaltenen Sachen, einem beständigen Wechsel unterworfen ist (wie namentlich bei einer *taberna*, s. §. 209. Note 6.), gültig veräussert wird [6].

---

nachherige Genehmigung wird hier als Consens betrachtet, *Fr.* 4. §. 1. *in f. D.* 20, 6., und überhaupt mufs die Einwilligung ohne Vorbehalt erfolgt seyn. *Fr.* 4. §. 1. *pr. Fr.* 8. §. 10. *D. eod.*

2) *Fr.* 8. §. 15. *D.* 20, 6. „*Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare.*“

3) *Fr.* 8. §. 15. *D. cit.* „*Sed si conscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur: nisi manifeste appareat deceptum fuisse.*“

4) *c.* 1. *C.* 8, 16.

5) *c.* 8. *C.* 8, 26. Dasselbe gilt, wenn der Verkauf öffentlich bekannt gemacht worden ist.

6) *Fr.* 13. 34. *D.* 20, 1.

§. 222.

2) Von der Pfandverjährung.

Da die freiwillige Pfandveräusserung von Seiten des Schuldners das Pfandrecht des Gläubigers nicht aufheben kann, so kann das Pfand auch in dem Falle nicht aufhören, wenn der Schuldner durch Usucapion sein Eigenthum an der verpfändeten Sache verliert [1]; denn auch Usucapion ist eine Art der Veräusserung [2], und das Pfandrecht steht mit dem Eigenthume in gar keiner Verbindung [3]. Der Verlust des Klagrechts kann zwar durch Präscription herbeigeführt werden [4], allein dadurch wird das Pfandrecht selbst nicht *ipso iure* gänzlich aufgehoben, sondern blofs im Verhältnifs zu dem in Anspruch genommenen Besitzer, welcher die Einrede erworben hat, entkräftet und unwirksam gemacht (vgl. §. 144.) — Ueber die Verjährung der hypothekarischen Klage gelten folgende Grundsätze: 1) von dem Schuldner selbst wird dieselbe erst nach dem Ablauf von 40 Jahren verjährt [5]; 2) von einem nachstehenden mit schwächerem Rechte be-

1) *c. 7. C. 8, 14.* „*Usucapio pignoris conventionem non extinguit.*“ *Fr. 1. §. 2. D. 20, 1.*

2) *Fr. 28. D. 50, 16.* „*Alienationis verbum etiam usucapionem continet.*“

3) *Fr. 44. §. 5. D. 41, 3.* „*Persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur — usucapione rei non perimitur.*“ (vgl. §. 143. Note 1.) Damit ist jedoch die zugleich eintretende Verjährung der hypothekarischen Klage, die Einige *usucapio libertatis* nennen, nicht zu verwechseln. Vergl. Note 7.

4) *T. T. C. VII, 36.* (*Si adversus creditorem praescriptio opponatur.*)

5) *c. 7. §. 1. C. 7, 39.* „*Quam ob rem iubemus hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari*“ *etc.*

gabten Gläubiger, bei Lebzeiten des gemeinschaftlichen Schuldners, gleichfalls in 40 Jahren, nach dessen Tode aber, wenn der Besitzer die Jahre des Besitzes beim Leben des Verpfänders nicht mitrechnen will, in 30 Jahren [6]; 3) von einem dritten Besitzer, der in gutem Glauben und aus einem gerechten Grunde besitzt, unter Gegenwärtigen in 10, unter Abwesenden in 20 Jahren [7].

§ 223.

3) Von der Aufhebung durch Resolution des dem Verpfänder bisher an der verpfändeten Sache zugestandenen Rechts.

Hier kommt Alles darauf an, ob die verpfändete Sache bisher im Eigenthume des Verpfänders war, oder ob derselbe ein anderes Recht, z. B. eine Superficies, Emphyteusis, Ususfruct, oder selbst ein Pfandrecht daran hatte. In dem letztern Falle erlischt das Pfand schlechthin mit

---

6) *c.* 7. §. 2. *C. eod.* „*Et sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori triginta annorum exceptionem opponi, sed locum esse quadraginta annorum praescriptioni.* — — *Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem creditorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem*“ etc.

7) *c.* 1. 2. *C.* 7, 36. *c.* 14. *C.* 4, 10. Der gute Glaube mufs aber hier nicht blofs hinsichtlich des Eigenthumes, sondern auch hinsichtlich des Pfandnexus vorhanden gewesen seyn, d. h. der Besitzer darf nicht gewufst haben, dafs die Sache verpfändet sey; denn nur unter dieser Voraussetzung folgt aus der Usucapion der Sache selbst, zugleich auch die Verjährung der hypothekarischen Klage. (vergl. §. 57. a. E.) — Dabelow über die Verjähr. Th. II. §. 159. behauptet, dafs von einem dritten Besitzer die Klage immer erst in 30 Jahren verjährt werden könne, auch wenn das Eigenthum der Sache früher usucapirt seyn sollte, s. aber Kaufmann §. 121. Note *g*.

Digitized by Google

diesem Rechte [1]). In dem ersteren Falle hingegen fällt das Eigenthum entweder auf sein Verlangen zurück, z. B. weil er als Käufer die *actio redhibitoria* angestellt hat, oder nicht: dort bleibt das Pfandrecht bestehen [3]), hier aber kommt es darauf an, ob entweder eine *resolutio ex nunc* Statt findet, z. B. bei einer wegen Undankbarkeit zurückgenommenen Schenkung, oder eine *resolutio ex tunc*, namentlich wegen einer gleich beim Erwerbe hinzugefügten auflösenden Bedingung; bei jener bleibt das inzwischen an der Sache bestellte Pfandrecht gültig [3]), bei dieser aber geht dasselbe verloren [4]).

---

1) *Fr.* 31. *D.* 20, 1. *T. T. C.* VIII, 24.

2) *Fr.* 21. §. 1. *D.* 21, 1. *Fr.* 4. *pr. D.* 20, 6.

3) Vinnius *in Quaest. iuris selectis L.* II. *c.* 5.

4) *Fr.* 4. §. 3. *D.* 18, 2. *Fr.* 3. *D.* 20, 6. vgl. Thibaut §. 666.

Digitized by Google

Drittes Buch.

Recht der Forderungen.

Erster Hauptabschnitt.

Von der Entstehung und den Wirkungen der bürgerlichen Forderungen.

Erstes Hauptstück.

Von den Forderungen aus Verträgen.

Io. d'Avezan *Contractuum liber Aurel.* 1664. 4. (*in* Meerm. *thesauro T.* IV.) — Arn. Vinnii *Tr. de pactis et transactionib.* (*in Tractatib. Amst.* 1651. *etc.*) — Ger. Noodt *lib. sing. ad ed. Praetoris de pactis et transactionib.* (*in Opp. T.* I. *p.* 483.) — Io. Gottl. Langsdorf *Tr. de pactis et contr. Romanor. etc. Manhem.* 1772. (deutsch mit Anm. von Hugo im civilist. Magazin I, 18.) — L. Fr. Griesinger von d. Verbindl. durch Vertr. Tübingen 1793. 8. — Ign. Rudhardt Unters. über system. Eintheilung u. Stellung der Verträge. Nürnb. 1811. 8.

§. 224.

Vorerinnerung.

Vertrag, in so fern eine bürgerliche Forderung daraus entsteht, ist die gesetzlich anerkannte Einwilligung zweier oder mehrerer Personen über eine Leistung.

Digitized by Google

Aus jeder nicht gesetzlich anerkannten Einwilligung, oder aus dem *pactum nudum* entstand zwar eine natürliche Forderung, aber kein Klagrecht (§. 54). Die schon in sehr früher Zeit anerkannten und bestätigten Verträge nannte man vorzugsweise *Contractus*, und der Unterschied zwischen *Contractus* und *Pacta* war daher ein blofs historischer [1]). In der Folge wurden aber ausser den ursprünglich so genannten Contracten noch manche andere Verträge bestätigt, welche indessen gewöhnlich den Namen *Pacta* beibehielten, mit dem Zusatz *legitima* und *praetoria*, je nachdem das neuere Civilrecht oder das prätorische Edict sie mit einem Klagrechte versehen hatte. Uebrigens können auch alle einem Contract hinzugefügten Nebenverträge (*Pacta adiecta*) als Theile desselben mit der aus dem Contracte selbst entspringenden Klage geltend gemacht werden. Wesentlich verschieden ist endlich der bürgerliche Vertrag von der Pollicitation, woraus in der Regel keine *Obligatio inter privatos* entsteht [2]).

---

1) *Fr.* 7. §. 1. *D.* 2, 14. „*Conventiones quae pariunt actionem in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.*“

2) *T. T. D.* 50, 12. Vergl. mein R. d. Forderungen §. 12.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Von der Begründung der Verträge.

Dig. II, 14. *Cod.* II, 3. (Sehr viele allgemeine Grundsätze kommen auch bei der Lehre von der *Verborum obligatio* vor: *Inst.* III, 16. 20. *Dig.* XLV, 1. *Cod.* VIII, 38. 39.)

Erstes Capitel.

Von den Contrahenten.

§. 225.

I) *Von den Contrahenten an und für sich.*

Donellus *libr.* XII. *c.* 22. 23.

Ein Jeder kann gültig contrahiren, der rechtlich nicht daran verhindert ist. Für die Contrahenten als Schuldner entsteht aber ein solches Hindernifs, theils aus ihrem absolut unfähigen persönlichen Zustande (dahin die Sclaven) [1]; theils aus der bei ihnen fehlenden Einwilligung (dahin Wahnsinnige, Blödsinnige und Kinder) [2]; theils endlich aus der fehlenden Vermögensdisposition, die entweder in einem zu jugendlichen Alter, oder in einem körperlichen Gebrechen ihren Grund haben kann. Der Unmündige, der kein Kind mehr ist, kann zwar ohne Auctorität seines Vormundes Andere verpflichten, aber selbst nicht verpflichtet werden, es müfste denn zu seinem Vor-

1) *Fr.* 14. *D.* 44, 7. *c.* 6. *C.* 3, 1.

2) §. 8. *I.* 3, 20. *Fr.* 1. §. 12. *D.* 44, 7. *Fr.* 5. *D.* 50, 7.

Digitized by Google

theil gereichen [3]). Eben so mufs der Minderjährige und derjenige, welcher an einem körperlichen Gebrechen leidet, namentlich der Taubstumme und Blinde, wenn er einen Curator hat, diesen zuziehen. Steht der Minderjährige nicht unter Curatel, so ist zwar der von ihm allein geschlossene Vertrag an und für sich vollkommen gültig, indessen kann doch, gegen die nachtheiligen Folgen desselben, nach Befinden der Umstände, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten werden [4]). — Für die Contrahenten als Gläubiger, auf der andern Seite, entsteht wieder ein allgemeines Hindernifs, nicht nur bei solchen, denen überhaupt die Fähigkeit fehlt zu contrahiren, sondern auch bei denjenigen, die zwar an und für sich fähig sind, einen Vertrag einzugehen, aber keine Klage daraus erwerben können [5]) und die aus gewissen Gründen, oder bei gewissen Gegenständen nicht, oder nicht auf jede Art zu contrahiren im Stande sind [6]).

---

3) c. *I.* 3, 20. „*Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*“ Vgl. *Pr. I.* 1, 21. *Fr.* 9. *D.* 26, 8.

4) c. 3. *C.* 2, 22. „*Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato, bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si nondum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.*“

5) Vergl. *Fr.* 38. *D.* 12, 6 c. 6. *C.* 3, 1.

6) *Fr.* 34. §. 7. *Fr.* 46. 62. *D.* 18, 1. (Von der besondern Beschränkung der Familiensöhne beim Gelddarlehn und der Weiber bei der Intercession wird unten bei der Aufhebung der Forderungen *per exceptionem* gehandelt.)

§. 226.

II) *Von dem Verhältnifs der Contrahenten zu einem Dritten.*

A) Kann aus dem für einen Dritten eingegangenen Vertrag activ oder passiv eine *Obligatio* entstehen?

Donellus *Libr.* XII. *c.* 16—19.

Abgesehen von der in der Regel erlaubten Repräsentation eines Dritten durch den dazu beauftragten Contrahenten, kann in der Regel aus dem für einen Dritten eingegangenen Vertrag, so wenig für den Contrahenten selbst, als für den Dritten, weder ein Recht noch eine Verpflichtung entstehen [1]). Doch giebt es mehrere Ausnahmen, die sich 1) entweder auf den Fall beziehen, wo der Dritte als Gläubiger in dem Vertrage vorkommt, und diese betreffen wieder theils die Person dessen, der für den Dritten contrahirt hat, so dafs dieser die Forderung einzuklagen berechtiget ist (insonderheit wenn er ein eigenes Interesse bei dem Vertrage hatte [2]), oder wenn dem Vertrage eine Conventionalstrafe (*stipulatio poenae*) hinzugefügt worden ist) [3]); theils die Person des Dritten selbst, so dafs auch dieser, ob er gleich gar nicht mitcontrahirt hat, dennoch die Forderung einzuklagen berechtigt ist [4]); 2) oder auf den Fall, wo der Dritte als

---

1) §. 3. *I.* 3, 20. „*Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur.*“ §. 4. *I. eod.* „*Si quis alii — — stipuletur, nihil agit.*“ *Fr.* 11. *D.* 44, 7. „*Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt.*“ *etc. Fr.* 38. §. 1. 17. *D.* 45, 1.

2) §. 4. *in f.* §. 20. *I.* 3, 20. *Fr.* 38. §. 20. *D.* 45, 1.

3) §. 19. *I.* 3, 20. *Fr.* 38, § 17. *D.* 45, 1.

4) Die dahin gehörenden Ausnahmen lassen sich sämmtlich aus einer vorhandenen juristischen Personeneinheit erklären.

Digitized by Google

Schuldner in dem Vertrage genannt ist; die dahin gehörenden Ausnahmen setzen entweder irgend eine Bestimmung des Willens von Seiten des Dritten voraus [5]), oder der Contrahent selbst mufs sich der Verpflichtung, auf den Fall dafs der Dritte nicht leisten werde, durch eine hinzugefügte Conventionalstrafe oder durch das versprochene Interesse unterzogen haben [6]). — Ausser dem kann auch der auf den Dritten gestellte Vertrag für den Dritten selbst bisweilen die vortheilhafte Wirkung hervorbringen, dafs ihm durch den fremden Vertrag ein sonst verloren gegangenes Recht erhalten wird [7]), und für den Schuldner, dafs er, wenn die Leistung entweder dem Contrahenten oder einem Dritten geschehen soll, die Wahl hat, wem er leisten will [8]).

Der Sclave kann seinem Herrn, der Sohn seinem Vater, so wie umgekehrt der Vater seinem Sohne eine Forderung erwerben und der Erblasser nach neuerm Rechte seinem Erben. *T. T. C.* IV, 11. (*Ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant.*)

5) Die Grundsätze von der juristischen Einheit der Personen finden in Hinsicht auf den Dritten, als Schuldner, keine Anwendung. Eine stillschweigende Einwilligung kann jedoch aus der dem Contrahenten ertheilten Verwaltung eines Peculs hergeleitet werden und der Erblasser kann nach neuerm Rechte auch seinen Erben eine Verpflichtung auflegen, da es immer von dem freien Willen des Erben abhängt, ob er sich, durch Antretung der Erbschaft, der Verpflichtung unterziehen will oder nicht. Vergl. *Tit. C. cit.*

6) *Fr.* 38. §. 2. *D.* 45, 1. „*At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit, potest promittere.*“ — Ueber das Versprechen, die Leistung eines Dritten befördern und dafür sorgen zu wollen, s. mein Recht der Forder. S. 35.

7) Vgl. *Fr.* 13. *D.* 13, 7. (s. §. 211. Note 1.)

8) §. 4. *I.* 3, 20. Vergl. *Fr.* 55. 56. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

§. 227.

B) Inwiefern kann eine fremde *Obligatio* auf einen Dritten übertragen werden?

1) Im Allgemeinen.

Die Uebertragung einer fremden *Obligatio* auf einen Dritten findet allgemein durch Universalsuccession oder Beerbung Statt [1]). Eine Singularsuccession hingegen ist eigentlich nicht denkbar, da jedes obligatorische Verhältnifs immer auf die bestimmten Personen beschränkt ist, welche es eingegangen haben. Indessen kann doch der Uebergang auf einen Dritten durch Novation (insonderheit Delegation) und durch Cession erreicht werden [2]).

§. 228.

2) Insonderheit von der Cession.

Donellus *Libr.* XV. *c.* 44. — Christ. Friedr. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifsw. 1817. 8.

Die Cession einer Forderung beruht entweder auf unmittelbar gesetzlicher Vorschrift [1]), oder auf einer defshalb eingegangenen Uebereinkunft. Die erstere pflegt man fingirte, die letztere hingegen wahre oder eigentliche Cession zu nennen. — Bei der eigentlichen Cession müssen zunächst 1) die dabei vorkommenden

---

1) Vgl. *Fr.* 25. §. 2. *v.* „*quamvis non solent*“ *D.* 7, 1.

2) Durch die Delegation (s. unten die Lehre von der Beendigung der Forderungen durch Novation) wird die Person des Schuldners, durch die Cession aber die des Gläubigers verändert.

3) Ueber die dahin gehörenden einzelnen Fälle s. *Fr.* 1. §. 13. *D.* 27, 3. *Fr.* 68. *D.* 3, 3. *Fr.* 79. *D.* 45, 1. *Fr.* 18. §. 16. *D.* 39, 2. *c.* 8. *C.* 3, 42. *c.* 3. *C.* 8, 55. Vgl. mein R. der Forder. §. 20.

Digitized by Google

Subjecte berücksichtigt werden und diese sind: der Cedent, Cessionar und der cedirte Schuldner. Cediren kann Jeder, der frei über sein Vermögen verfügen darf und gültiger Weise darüber einen Vertrag einzugehen berechtigt ist [2]); eben so kann Jedem cedirt werden, der fähig ist, sich durch Vertrag ein Recht zu erwerben [3]) und der cedirte Schuldner braucht in die geschehene Abtretung nicht einzuwilligen, vielmehr findet dieselbe auch wider dessen Wissen und Willen Statt [4]). 2) In Hinsicht auf den Gegenstand können überhaupt alle Forderungen und Klagen cedirt werden, welche sich auf das Privatinteresse beziehen, mit der Person des Gläubigers nicht unzertrennlich verbunden und nicht bereits vor Gericht anhängig gemacht sind (*actiones litigiosae*) [5]). 3) Was das Quantum betrifft, so ist durch die berühmte *lex Anastasiana* verordnet, dafs wenn die Abtretung der Forderung sich auf einen Kaufvertrag gründet, seinem Werthe nach, kein gröfseres Recht auf den Käufer übergehen soll, als der bezahlte Kaufpreis mit den Zinsen beträgt [6]). 4) Hinsichtlich der Art und Weise, wie die

---

2) Gewöhnlich hängt die Abtretung von dem freien Willen des Cedenten ab; vgl. jedoch mein Recht d. Forder. §. 38.

3) Gesetzlich verboten ist *a*) die *cessio in potentiorem facta*, *c.* 2. *C.* 2, 14.; *b*) die Abtretung der gegen einen Unmündigen oder Minderjährigen zustehenden Forderung an dessen Tutor oder Curator, ohne Vorwissen und Genehmigung der Obrigkeit, *Nov.* 72. *c.* 5.; *c*) die Abtretung einer *Quota litis* an den Advocaten und Procurator, *c.* 5. *C.* 2, 6.

4) *c.* 3. *C.* 4, 39. „*Nominis venditio, etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.*“ Vgl. mein Recht der Forder. S. 39.

5) *c.* 2. 4. *C.* 8, 37. — Nach der Praxis ist die Cession derselben erlaubt.

6) *c.* 22. *C.* 4, 35. — — „*ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecu-*

Cession geschieht, ist zu bemerken, dafs sie, nach den Grundsätzen des römischen Rechts, entweder durch den blofsen Willen des Cedenten und Cessionars erfolgt, so oft jener, der alte Gläubiger, eine ihm zustehende Forderung aus einem solchen Grunde auf diesen, den neuen Gläubiger, überträgt, aus welchem auch das Eigenthum irgend einer Sache überzugehen pflegt, z. B. durch Verkauf, Schenkung u. s. w. [7]); oder durch ein ertheiltes förmliches Mandat (*Mandatum in rem suam*), so oft einem Dritten der besondere Auftrag ertheilt wird, die Forderung und Klage, zwar für sich (als *Procurutor in rem suam*), jedoch im Namen des Mandanten auszuüben [8]). 5) Die Wirkungen der gehörig geschehenen Cession bestehen *a*) hinsichtlich des Cessionar's darin, dafs er die Klagen aus dem obligatorischen Verhältnifs dergestalt erwirbt, dafs sie nicht willkührlich vom Cedenten zurückgenommen werden können, und auch nicht durch den Tod desselben aufhören [9]); *b*) der cedirte Schuldner wird dem Cessionar eben so verbindlich, als er es zuvor

---

niarum quantitatem, et usurarum eius actiones exercere permittatur" etc. Justinian hat dieses in der *c.* 23. *C. eod.* nicht nur bestätigt, sondern auch vorgeschrieben, dafs in Ansehung des Ueberschusses der Cedent nicht einmal gegen den cedirten Schuldner eine Klage haben soll.

7) *Fr.* 16. *D.* 2, 14. *c.* 7. 8. *C.* 4, 39.

8) *c.* 5. 8. *C.* 4, 39. *Fr.* 55. *D.* 3, 3. — Nach neuerm röm. R. ist diese Art der Cession gar nicht mehr nöthig, denn so oft sich nur der Erwerber eines Rechts gehörig *ad causam* legitimirt, steht ihm jederzeit eine *actio utilis* in eigenem Namen zu. Vergl. Thibaut §. 75.

9) *Fr.* 55. *D.* 3, 3. *c.* 1. *C.* 4, 10. *c.* 5. *C.* 4, 39. Ueber den Beweis der geschehenen Cession s. mein Recht d. Forder. S. 49.

Digitized by Google

dem alten Gläubiger war [10]); c) der Cedent endlich tritt, sobald *res desiit esse integra* [11]), aus allem Verhältnifs mit dem cedirten Schuldner und er braucht dem Cessionar gewöhnlich nur für die Wahrheit und nicht zugleich für die Güte der abgetretenen Forderung einzustehen [12]).

Zweites Capitel.

Vom Zweck und Gegenstande eines Vertrages.

Donellus *Libr.* XII. *c.* 20. 21.

§. 229.

Der Zweck eines Vertrages, welcher zugleich auch den Inhalt oder Gegenstand desselben ausmacht, besteht überhaupt in einer gewissen Leisung [1]). Diese Leistung

10) Was die Einreden und Gegenforderungen des cedirten Schuldners betrifft, vgl. *Fr.* 4. §. 27. *D.* 44, 4. *c.* 5. *C.* 4, 39.

11) *c.* 3. *C.* 4, 35. „*Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit; potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.*“ *c.* 3. *C.* 8, 42. Ueber die Fälle, in welchen *res desiit esse integra*, s. mein Recht der Forder. S. 51.

12) *Fr.* 4. 5. *D.* 18, 4. *Fr.* 74. §. 3. *D.* 21, 2. (Gerade hierin liegt der Unterschied der Cession von der Assignation.)

1) *Fr.* 3. *D.* 44, 7. „*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.*“

(*Res* überhaupt) enthält aber entweder das Geben einer Sache, oder das Thun einer Handlung. Für beide Fälle gelten die beiden Hauptgrundsätze: 1) was versprochen ist, mufs geleistet werden können; 2) es mufs seiner Beschaffenheit und seinem Nutzen nach den Contrahenten bekannt seyn. Diese Grundsätze müssen sowohl auf die *obligationes in dando*, als *in faciendo consistentes* näher angewendet werden.

§. 230.

I) *Von den Sachen als Gegenstand eines Vertrages.*

In Hinsicht auf den erwähnten ersten Grundsatz müssen 1) die versprochenen Sachen existiren, oder existiren können, einerlei, es mögen Sachen im eigentlichen Sinne oder s. g. *res incorporales*, eigene oder fremde Sachen seyn [1]; 2) die Sachen dürfen ferner dem Commerz weder gänzlich noch in Hinsicht auf den Gläubiger entzogen seyn [2]; 3) sie dürfen endlich sich nicht schon in unserm Eigenthume befinden [3]. — Wenn die Sache nicht existirt, oder dem Verkehr gänzlich, oder hinsichtdes Gläubigers [4] entzogen ist, so kann weder der versprochene Gegenstand selbst, noch der Werth desselben, noch die dem Vertrage hinzugefügte Strafe, verlangt werden [5]; auch wird der gleich Anfangs ungültige Vertrag durch den in der Folge eingetretenen fähigen Zu-

1) *Pr. I.* 3, 20. *Fr.* 35. 69. *D.* 45, 1. *c.* 2. *C.* 4, 10. — Fremde Sachen müssen entweder gekauft oder ihr Werth mufs geleistet werden. Vergl. §. 4. *I.* 2, 20.

2) *Fr.* 34. *D.* 45, 1. *Fr.* 83. §. 5. *D. eod.*

3) §. 14. *I.* 4, 6. *Fr.* 82. *D.* 45, 1. *Fr.* 45. *D.* 50, 17.

4) Ist die Sache blofs dem Verkehr des Schuldners entzogen, so sagen die Gesetze „*ipsi nocere*“, *i. e. aestimationem eum praestare debere. Fr.* 34. *D.* 45, 1.

5) §. 4. *I.* 3, 20. *Fr.* 35. 96. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

stand der versprochenen Sache nicht gültig [6]). — In Hinsicht auf den zweiten Grundsatz ist der über eine bestimmte Sache (*species*) eingegangene Vertrag stets gültig, der über eine Gattung (*genus*) aber nur, wenn alle dazu gehörenden Species Vortheil bringen, und der über eine vertretbare Sache (*res fungibilis*) eingegangene Vertrag, wenn zugleich über das Gewicht, Zahl oder Maafs eine Bestimmung erfolgt ist.

§. 231.

II) *Von den Handlungen als Gegenstand eines Vertrages.*

Die Handlungen müssen, in Hinsicht auf den ersten Grundsatz, gleichfalls vor allen Dingen möglich seyn. Unmöglich sind aber die Handlungen entweder an und für sich [1]), oder in rechtlicher Beziehung, wenn dieselben den Gesetzen oder guten Sitten zuwider sind [2]). In Hinsicht auf den andern oben erwähnten Grundsatz müssen aber auch die Handlungen ihrer Beschaffenheit und ihrem Nutzen nach den Contrahenten bekannt seyn. Insonderheit kann aber eine Ungewifsheit sowohl in Ansehung der Zeit entstehen, zu welcher die Handlung geschehen soll [3]), als in Anse-

---

6) §. 2. *I.* 3, 20. *Fr.* 83. §. 5. 45, 1. *Fr.* 29. *D.* 50, 17. „*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*“ *Fr.* 210. *D. eod.* (*Regula Catoniana*) Ueber die Anwendung auf bedingte Verträge vergl. Donellus *XII*, *c.* 20. §. 26. 27. Eben so allgemein schadet auch ein unfähiger Zwischenzustand. *Fr.* 83. §. 5. *D.* 45, 1.

1) §. 5. *I.* 3, 16. §. 10. *I.* 3, 20.

2) *Fr.* 7. §. 3. 14. *D.* 2, 14. *Fr.* 123. *D.* 45, 1.

3) Insonderheit war dieses bei der *stipulatio iudicii sistendi causa* der Fall, „*si dies per errorem omissus erat.*“ *Fr.* 115. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

Ansehung des Ortes [4]), wenn die Handlung nicht zu jeder Zeit und an jedem Orte geschehen kann.

Drittes Capitel.

Von der Einwilligung.

Erster Absatz.

Von der Einwilligung überhaupt.

§. 232.

I) *Von den Erfordernissen der Einwilligung.*

Donellus *Libr.* XII. *c.* 7. 8.

Zur völlig bindenden Einwilligung gehört: 1) als positives Erfordernifs, die vollendete von dem Andern gehörig angenommene Erklärung, sich verbindlich machen zu wollen [1]); 2) als negatives Erfordernifs, der Umstand: dafs bei der ausdrücklichen Erklärung des Willens kein stillschweigender Dissens zum Grunde liegen darf. Ein stillschweigender Dissens ergiebt sich aber *a*) theils aus äussern Umständen: *α*) wenn ein Irrthum vorgefallen ist (§. 65. Note 1.); betrifft derselbe einen

4) *Fr.* 2. §. 5. *D.* 13, 4. „*Si quis insulam fieri stipuletur, et locum non adiiciat, non valet stipulatio.*“

1) Diese Erklärung kann im Allgemeinen sowohl mündlich als schriftlich, sowohl unter Gegenwärtigen als Abwesenden, sowohl durch Worte als durch schlüssige Handlungen erfolgen. *Fr.* 2. *D.* 2, 14. *Fr.* 4. *D.* 17, 2. *Fr.* 5. *D.* 46, 8. — Ueber Tractaten u. Punctationen vgl. vorzüglich Thibaut §. 143.

Digitized by Google

wesentlichen Umstand, so macht er den ganzen Vertrag ungültig [2]), sonst aber kann nur auf Entschädigung geklagt werden [3]); β) wenn die Einwilligung mittelbar durch List und Betrug [4]), oder unmittelbar durch Furcht und Gewalt [5]) erzwungen ist; γ) wenn etwas nicht mit dem ernstlichen Vorsatze geschieht, eine Verbindlichkeit begründen zu wollen (Simulation); hier ist der simulirte Vertrag ungültig, der versteckte aber gültig, vorausgesetzt dafs er nicht gesetzwidrig ist [6]); *b*) theils aus dem Vertrage selbst: *a*) überhaupt bei einem bedingten Vertrage vor Existenz der Bedingung [7]); β) insbesondere zu jeder Zeit: bei einer unmöglichen Bedingung [8]) und bei

---

2) *Fr.* 57. *D.* 44, 7. „*In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat (puta) qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit: nihil valet quod acti est*“ *etc.* Ueber die verschiedenen Arten des Irrthums s. mein Recht d. Forder. S. 61.

3) *Fr.* 34. *pr. Fr.* 40. §. 2. *Fr.* 57. *pr. D.* 18, 1. (*Error incidens* im Gegensatze zum *error causam dans.*)

4) Haben beide Contrahenten sich gegenseitig betrogen, so findet eine *compensatio doli* Statt. *Fr.* 36. *D.* 4, 3. *Fr.* 3. §. 3. *D.* 2, 10. *Fr.* 154. *pr. D.* 50, 17. Uebrigens mufs auch hier unterschieden werden, ob der *dolus causam dans*, oder nur *incidens* war. *c.* 5. 8. *C.* 4, 44. *Fr.* 13. §. 4. *D.* 19, 1. Vgl. *Fr.* 32. *D. eod.*

5) *Fr.* 116. *D.* 50, 17. „*Nihil consensui tam contrarium est — — quam vis atque metus: quem comprobare, contra bonos mores est.*“ *c.* 1. *C.* 4, 44. *Fr.* 21. §. 1. 3. *D.* 4, 2.

6) *T. T. C.* IV, 22. (*Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.*) *c.* 21. *C.* 2, 24. vgl. jedoch *Fr.* 55. *D.* 18, 1. *Fr.* 54. *D.* 44, 7. Einseitige Simulation ist wie Betrug zu beurtheilen. *Fr.* 7. §. 9. *D.* 2, 14. *Fr.* 49. *pr. D.* 19, 1.

7) §. 4. *I.* 3, 16. *Fr.* 213. *D.* 50, 16.

8) §. 11. *I.* 3, 20. *Fr.* 31. *D.* 44, 7. *Fr.* 7. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

einer solchen, die ausdrücklich auf den Willen des Schuldners gestellt ist [9]).

§. 233.

II) *Von der Einwilligung in Hinsicht auf Classification der Verträge.*

Wenn die bisher angegebenen Erfordernisse der Einwilligung vorhanden sind, so entsteht daraus, nach den Grundsätzen des römischen Rechts, doch nur unter der nothwendigen Voraussetzung ein obligatorisches Verhältnifs, wenn die Gesetze es gestatten. Die Gesetze bestätigen nun aber die Einwilligung, worauf der Vertrag beruhet, entweder schlechthin, oder sie verlangen, dafs noch etwas Anderes ausser der Einwilligung hinzutrete; daher denn die Verträge entweder blofs und allein durch Einwilligung vollendet werden, oder nicht. Zu den ersteren oder den s. g. Consensualverträgen gehören, schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechts (*ius gentium*): der Kauf, die Miethe, die Bevollmächtigung und die Gesellschaft [1]); nach den Grundsätzen des neuern (sowohl eigentlichen civil- als prätorischen) Rechts: der Vertrag einer gegenwärtigen Schenkung, der Emphyteutvertrag, das Constitut und der hypothekarische Vertrag. Bei den nicht allein auf Einwilligung beruhenden Verträgen mufs, wenn aus dem Vertrage eine *obligatio civilis* erwachsen soll, zu der Einwilligung 1) entweder eine Leistung von einer Seite, d. i. das Geben einer Sache, oder das Thun einer Handlung, hinzutreten: Realcontracte, und diese sind entweder auf Rückgabe einer gegebenen Sache gerichtet (wie namentlich das Mutuum, Commodatum,

9) *Fr.* 8. *D.* 44, 7. *Fr.* 46. §. 2. 3. *D.* 45, 1.

1) Von diesen vier Consensualverträgen redet allein das *Pr. I.* 3, 23. und *Fr.* 2. *D.* 44, 7.

Depositum und der Pfandcontract), oder auf Leistung einer andern Sache oder Handlung; 2) oder bestimmt ausgesprochene feierliche Worte: Verbalcontract oder Stipulation; 3) oder endlich ein schriftlicher Aufsatz: Literalcontract.

Zweiter Absatz.

Nähere Bestimmungen der Einwilligung.

§. 234.

I) *In Hinsicht auf den Gegenstand.*

Donellus *Libr.* XV. *c.* 1—4.

A) Wenn der bei dem Vertrag gebrauchte Ausdruck dunkel ist.

Wenn aus dem gebrauchten Ausdrucke Dunkelheit oder Ungewifsheit entsteht, so kann dieses entweder daher rühren, weil der Ausdruck an und für sich unverständlich und zweideutig ist, oder weil eine Sache von mehrern ungewifs versprochen wurde. In jenem Falle mufs zunächst bei dem eigentlich zur Sache gehörenden Ausdruck [1]) auf die Ortsgewohnheit, auf den gewohnten Redegebrauch dessen, der versprochen hat, auf die gewöhnliche Natur des Geschäftes und auf den Zusammen-

---

1) Ueberflüssige Worte machen den Vertrag nicht ungültig. *Fr.* 94. *D.* 50, 17. „*Non solent, quae abundant, vitiare scripturas.*“ *Fr.* 65. *pr. D.* 45, 1. „*Quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia, adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem; veluti si dicas: Arma virumque cano, spondeo nihilominus valet.*“

hang [2]) Rücksicht genommen, im Zweifel aber die Auslegung gegen den Gläubiger gemacht werden [3]). In diesem Falle aber mufs man unterscheiden: 1) wenn eine Sache ungewifs von mehrern der Gattung nach versprochen wird, so hat der Schuldner die Wahl, vorausgesetzt, dafs jede zu der Gattung gehörige Sache Nutzen gewähren kann [4]); 2) wenn mehrere an sich gewisse Sachen disjunctiv versprochen werden, so kann dieses *a*) entweder in einem Satze geschehen; alsdann entsteht Gewifsheit: *α*) wenn die übrigen Sachen ohne Schuld des Gläubigers untergegangen, oder von der Verbindlichkeit befreiet sind, so dafs nur eine einzige Sache übrig geblieben ist [5]); *β*) wenn eine Sache von mehrern, — gewöhnlich vom Schuldner [6]), bisweilen aber auch vom Gläubiger [7]) — gewählt worden ist; *b*) oder in verschiedenen Sätzen, so dafs der eine Satz eine Conventionalstrafe

---

2) *Fr.* 34. 67. *D.* 50, 17. *Fr.* 24. *D.* 1, 3. (vergl. §. 14. a. E.)

3) *Fr.* 38. §. 18. *D.* 45, 1. „*In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit: verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*“ *Fr.* 99. *D. eod.* „*Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est, ac fere secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*“ etc. *Fr.* 39. *D.* 2, 14. *Fr.* 21. *D.* 18, 1.

4) §. 33. *v.* „*praeterea*“ *I.* 4, 6. vgl. *Fr.* 94. 115. *pr. D.* 45, 1.

5) *Fr.* 16. *D.* 45, 1. *Fr.* 95. *D.* 46, 3. (Bei einer alternativen Geldsumme, oder Zeit der Leistung, ist stets Gewifsheit vorhanden. *Fr.* 12. 109. *D.* 45, 1.)

6) §. 33. *v.* „*Huic*“ *I.* 4, 6. *Fr.* 106. *D.* 45, 1. *Fr.* 138. §. 1. *D eod.*

7) Der Gläubiger hat die Wahl nur, wenn er sie sich ausdrücklich vorbehalten hat, doch ist bei ihm die Wahl blofs persönlich und geht nicht auf Andere über, auch findet sie nur bis zur Litiscontestation statt. *Fr.* 75. §. 8. *Fr.* 76. *pr.* 93. 112. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

enthält: kommt hier die letzte wirklich zur Anwendung, so ist wieder eine doppelte Verbindlichkeit vorhanden, wiewohl der Gläubiger nur die Erfüllung einer verlangen kann [8]).

§. 235.

B) Wenn der versprochene Gegenstand selbst ungewifs ist.

Aus dem versprochenen Gegenstande selbst entsteht Ungewifsheit, so oft statt dessen, was ausdrücklich versprochen wurde, der Schuldner etwas Anderes zu leisten verpflichtet ist. — Bei versprochenen Sachen insonderheit, versteht es sich zwar von selbst, dafs, so lange dieselben in ihrem verabredeten Zustande, ohne einen besonderen Nachtheil des Schuldners, geleistet werden können, dieses auch geschehen mufs; indessen giebt es Fälle, wo, statt der ursprünglich versprochenen Sache, der Werth derselben (*aestimatio*) geleistet werden mufs, namentlich wenn die Sache durch die Schuld oder den Verzug des Schuldners untergegangen oder dadurch verschlimmert worden ist [1]), oder wenn eine versprochene fremde Sache für einen billigen Preis nicht gekauft werden kann [2]). — Bei versprochenen Handlungen, die nicht zugleich auf Uebergabe oder Leistung einer Sache gerichtet sind, mufs, wenn die verabredete Zeit der Leistung verflossen ist, das Interesse, d. i. sowohl der entgangene Gewinn, als der erlittene Schaden (*lu-*

---

8) *Fr.* 4. §. 7. *D.* 44, 4. *Fr.* 115. *in f. D.* 45, 1. Vergl. *Fr.* 10. §. 1. *D.* 2, 14.

1) Es gilt die bekannte Regel: *culpa et mora perpetuant obligationem. Fr.* 91. §. 3. *Fr.* 82. §. 1. *D.* 45, 1. *Fr.* 5. *D.* 13, 3. (Die hier eingreifende Lehre von der *Culpa* und *Mora* kommt unten (§. 241 fg.) in einem Anhange vor.)

2) *Fr.* 71. §. 3. *D.* 30.

Digitized by Google

crum cessans et damnum emergens) geleistet werden [3]; rein-persönliche Handlungen können, als solche, nicht erzwungen werden. — Um den Werth der nicht geleisteten Sache oder Handlung auszumitteln, kommt es häufig zu dem so genannten Schätzungs- oder Würderungseide (*iuramentum in litem*) [4].

§. 236.

II) *In Hinsicht auf das Quantum der Leistung.*

Donellus *Libr.* XV. *c.* 5. 6.

Die mehrern Gläubiger oder Schuldner sind nur theilweise (*pro rata*) berechtigt und verpflichtet, wenn das obligatorische Verhältnifs selbst in activer oder passiver Hinsicht Theilung zuläfst, und dieses ist in der Regel der Fall. Ausnahmsweise aber sind die mehrern Gläubiger (*correi credendi*) auf das Ganze (*in solidum*) berechtigt und die mehrern Schuldner (*correi debendi*) verpflichtet, das Ganze zu leisten; so dafs die dem Einzelnen von mehrern Gläubigern, oder von dem Einzelnen mehrerer Schuldner geschehene Leistung, das ganze obligatorische Verhältnifs aufhebt [1]. Eine solche *obligatio in solidum* (*oblig. cor-*

---

3) *T. T. C.* VII, 47. Vergl. *Fr.* 14. 68. 72. 112. §. 2. *D.* 45, 1. Donellus *ad L. Iustiniani: de sententiis etc. s. liber de eo quod interest, in Comm. Lib.* XXVI.

4) *Dig* XII, 3. *Cod.* III, 53. Ueber die gewöhnliche Eintheilung in *iuramentum in litem veritatis et affectionis* vgl. Schöman Lehre vom Schadensersatz Th. II. S. 150. fg. Thibaut §. 275 u. 1165.

1) §. 1. *I.* 3, 16. (17.) „*Ex huiusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur In utraque tamen obligatione una res vertitur: vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat.*“ (Zwar nicht immer, aber doch gewöhnlich entsteht die *obligatio in solidum*

realis s. solidaria) versteht sich 1) in gewissen Fällen schon von selbst: *α*) vermöge der Beschaffenheit des versprochenen Gegenstandes, wenn dieser seiner Natur nach keine Theilung zuläfst; dahin *α*) wenn das obligatorische Verhältnifs auf eine positive Handlung, d. h. darauf gerichtet ist, dafs von Mehrern etwas geschehen soll [2]); *β*) wenn eine negative Handlung Gegenstand der Forderung ist und die verletzende Handlung des Einen als von Allen geschehen betrachtet werden mufs [3]); *γ*) wenn ein untheilbares dingliches Recht den Gegenstand der *obligatio* ausmacht [4]); *b*) vermöge der Form des eingegangenen Versprechens; wenn daraus erhellet, es könne nicht anders als durch Leistung einer ganzen Sache erfüllt werden [5]); 2) in andern Fällen beruhet die *obligatio in solidum* entweder auf unmittelbar gesetzlicher Vorschrift [6]), oder sie erscheinet als Folge eines began-

---

aus einem Vertrage und mufs daher bei den nähern Bestimmungen der Einwilligung, wie auch von Doneau in den Commentarien geschehen ist, hier dargestellt werden.)

2) Die Handlung selbst kann von jedem Einzelnen der mehrern Schuldner nicht theilweise vorgenommen werden, sondern sie mufs ganz geschehen, aus dem sehr begreiflichen Grunde, weil eine Handlung nur aus allen ihren Theilen bestehen kann. *Fr.* 11. § 23—25. *D.* 32. Nach Ablauf der zur Handlung vorgeschriebenen Zeit tritt jedoch ein theilbares Interesse ein. *Fr.* 72. *D.* 45, 1.

3) Wegen der verletzenden Handlung des Einzelnen sind hier Alle miteinander gehalten, wiewohl sie wider jenen ihren Regrefs nehmen können. *Fr.* 44. §. 5. *D.* 10, 2.

4) *Fr.* 5. *D.* 7, 1. *Fr.* 19. *D.* 7, 8. *Fr.* 17. *D.* 8, 1. *Fr.* 1. §. 9. *D.* 33, 2. *Fr.* 72. *D.* 45, 1.

5) Vgl. *Fr.* 9. §. 1. *D.* 46, 3. *Fr.* 5. §. 3. *in f. D.* 45, 1.

6) Vergl. z. B. *Fr.* 55. *pr. D.* 26, 7. *Fr.* 1. §. 25. *Fr.* 2. 4. *pr.* §. 1. *D.* 14, 2. *Fr.* 13. §. 2. *D.* 14, 3. *c.* 3. *C.* 8, 41.

Digitized by Google

genen Verbrechens [7]), oder sie mufs ausdrücklich durch Vertrag (bei den Römern durch *stipulatio correalis*) [8]), oder durch letzten Willen [9]) bestimmt worden seyn.

§. 237.

III) *In Hinsicht auf die Zeit der Leistung.*

Donellus *Lib.* XV. *c.* 7—12.

A) Die Zeit ist nicht aufgeschoben.

Wenn die Zeit der Leistung nicht aufgeschoben ist (*si pura est conventio*), so gilt die bekannte Rngel: *dies statim cedit et venit* [1]), d. h. es ist nicht nur die Forderung an und für sich begründet, sondern es kann auch die Leistung derselben sogleich verlangt werden. Hierbei ist jedoch, wie sich von selbst verstent, vorauszusetzen, dafs der Vertrag nicht blofs den Worten, sondern auch der Sache nach unbedingt sey, dafs ihm keine stillschweigende Bedingung zum Grunde liege [2]).

---

7) Dahin die Verbindlichkeit zum Schadensersatze, wenn mehrere zusammen ein Delict begangen haben. *Fr.* 14. §. 15. *D.* 4, 2. *c.* 1. *C.* 4, 8.

8) Nach der Praxis soll jedoch bei mehrern durch Correalvertrag verbundenen Schuldnern die Wohlthat der Theilung eintreten, wiewohl die *Nov.* 99. *c.* 1. blofs von mehrern Fidejussoren redet.

9) Vergl. *Fr.* 8. §. 1. *D.* 30.

1) *Fr.* 213. *D.* 50, 16. „*Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione.*“ — *Fr.* 14. *D.* 50, 17. „*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.*“

2) §. 2. *I.* 3, 16. *Fr.* 56. §. 3. *Fr.* 73. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

§. 238.

B) Die Zeit ist aufgeschoben.

1) Durch eine hinzugefügte Bedingung.

Bedingung überhaupt ist die Hinzufügung eines ungewissen Umstandes, von dem die Forderung und also auch die Leistung abhängen soll, einerlei dieser Umstand mag von der Willkühr des künftigen Gläubigers, oder vom Zufall, oder von beiden zugleich abhängen (*Conditio potestativa, casualis, mixta*) [1]. Gewifsheit, Gegenwart und Vergangenheit hebt den Begriff der Bedingung auf [2]; eben so darf keine physische oder moralische Unmöglichkeit zum Grunde liegen und keine blofse Willkühr des Schuldners [3]. Die Bedingung kann entweder ausdrücklich, sowohl durch bedingten als antecessiven Ausdruck des ungewissen Umstandes hinzugefügt werden [4], oder stillschweigend *a*) durch Hinzufügung einer ungewissen Zeit, auf welche hinaus die Leistung verschoben seyn soll (*dies incertus conditionem facit*); bei den Obligationen wird jedoch nur die absolut ungewisse Zeit, d. h. die, wobei sowohl die Frage: ob? als die Frage: wann? ungewifs ist, als Bedingung angesehen [5]; *b*) durch eine auf die Zukunft gestellte nähere Beschrei-

---

1) *c. un.* §. 7. *C.* 6, 50.

2) Vergl. *Fr.* 10. *in f. D.* 28, 7. „*nulla* (*est*) *conditio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens: veluti, si Rex Parthorum vivit, si navis in portu est.*“

3) Vgl. *Fr.* 38. *D.* 12, 1. *Fr.* 18. *D.* 12, 6. *Fr.* 7. 17. *D.* 45, 1. *Fr.* 9. §. 1. *D.* 46, 2. §. 6. *I.* 3. 16. §. 11. *I.* 3, 20.

4) *Fr.* 68. *D.* 46, 3. *Fr.* 22. *pr.* §. 1. *D.* 40, 7. *Fr.* 20. §. 1. *D.* 28, 7.

5) Hieraus folgt, dafs wenn etwas vor Existenz der relativ ungewissen Zeit bezahlt ist, dieses nicht mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden kann. *Fr.* 16—18. *D.* 12, 6. (Anders bei Legaten: *Fr.* 22. *D.* 36, 2. *Fr.* 75. *D.* 35, 2.)

Digitized by Google

bung (*demonstratio*) [6]; c) durch die Abhängigkeit des Versprechens von einem noch ungewissen Ereignifs der Natur oder des Rechts, wie dieses beim Versprechen einer Mitgift und künftiger Früchte eines Grundstückes der Fall ist [7]. — Die Wirkung der hinzugefügten Bedingung besteht darin, dafs, so lange sie nicht erfüllt ist (*quamdiu pendet*), noch gar keine Forderung vorhanden ist; wenn sie aber erfüllt wird, die nun entstehende Forderung, als gleich Anfangs vorhanden, betrachtet wird [8]; wenn sie endlich nicht erfüllt wird, es eben so angesehen werden mufs, als wäre gar nicht contrahirt worden [9]. Die Bedingung mufs übrigens genau nach der vorgeschriebenen Art und Weise in Erfüllung gehen und die gehörige Zeit abgewartet werden [10].

§. 239.

2) Durch eine Zahlungsfrist.

Die Zeit kann bei einem Vertrage auch durch eine Zahlungsfrist (*conventio in diem*) aufgeschoben seyn, wodurch nicht die Forderung selbst und dadurch mittelbar auch die Leistung, sondern unmittelbar die Leistung bis zu einer gewissen Zeit ausgesetzt wird [1]. Die hinzu-

---

6) *Fr.* 116. 122. §. 4. D. 45, 1.

7) *Fr.* 73. *D.* 45, 1. *Fr.* 1. §. 3. *D.* 35, 1. *Fr.* 21. *D.* 33, 3.

8) Ueber die Zurückrechnung der Bedingung im Allgemeinen s. Gesterding im Pfandrecht §. 10. fg.

9) §. 4. *I.* 3, 16. *Fr.* 26. *D.* 28, 7. *Fr.* 213. *D.* 50, 16.

10) *Fr.* 99. §. 1. *Fr.* 115. §. 1. *D.* 45, 1. vgl. *Fr.* 7. *D.* 36, 1. s. mein Recht der Forder. §. 47. 48.

1) §. 2. *I.* 3, 16. „*Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius quam dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet.*

Digitized by Google

gefügte Zeit mufs hier entweder eine gewisse (*dies certus*), oder doch wenigstens keine absolut ungewisse Zeit seyn, einerlei ob sie ausdrücklich oder stillschweigend hinzugefügt worden ist [2]). Es darf indessen keine andere Absicht dabei zum Grunde liegen, als die Leistung dadurch aufzuschieben [3]). Die Wirkung besteht überhaupt darin, dafs der Gegenstand der Forderung, die Leistung, nicht eher verlangt (eingeklagt) werden kann, als bis die hinzugefügte Zeit erschienen ist. Der Schuldner hat übrigens gewöhnlich das Recht, früher, selbst wider Willen des Gläubigers, Zahlung zu leisten [4]), und das früher Geleistete kann von ihm nicht mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden (s. §. 45. 46.) [5]).

§ 240.

IV) *In Hinsicht auf den Ort der Leistung.*

Dig. XIII, 4. *Cod.* III, 18.
Donellus *Libr.* XV. *c.* 13. Thibaut §. 95. 96.

Wenn über den Ort der Leistung nichts verabredet worden ist, so mufs eine bestimmte Sache oder Species da geleistet werden, wo sie sich befindet, eine Gattung aber da, wo der Gläubiger klagen kann, d. h. entweder

---

Neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, prius quam is praeterierit." *Fr.* 213. *D.* 50, 16.

2) *Fr.* 14. 73. *D.* 45, 1.

3) Vergl §. 3. *I.* 3, 16. *Fr.* 10 44. 56. §. 4. *D.* 45, 1.

4) *Fr.* 38. §. 16. *D.* 45, 1. *Fr.* 70. *D.* 46, 3.

5) Ueber die juristische Bestimmung und Berechnung der Zeit überhaupt vergl. I. F. W. Pagenstecher *de computatione mensium. Harderov.* 1724. Ed. Schrader Monatsrechnung des röm. Rechts (in den civilist. Abhandl. Abth. II. S. 191.) Albr. Schweppe röm. Berechnung des Anfanges und Schlusses eines Zeitraums (in dessen jurist. Magazin Bd. I. H. 1. nr. 9.) Thibaut §. 128. 129.

Digitized by Google

an dem Orte, wo der Beklagte seinen Wohnsitz hat, oder wo die Verbindlichkeit zu Stande gekommen ist [1]). Bei der Herausgabe unbeweglicher Sachen ist natürlich der Ort, wo sie gelegen sind, der einzig mögliche. Wenn eine besondere Uebereinkunft wegen des Ortes der Leistung vorhanden ist, so mufs diese zur Anwendung kommen und an einem andern Orte kann in der Regel, wider Willen des Gläubigers nicht geleistet werden [2]). Sind mehrere Oerter verbunden genannt, so wird die Verbindlichkeit getheilt, bei alternativ angegebenen Oertern hingegen, hat bis zur Klage der Schuldner, nachher aber der Gläubiger die Wahl [3]).

Anhang.

Von der Entschädigung, wenn der Gegenstand der Forderung zu Grunde gieng, oder verschlimmert wurde.

---

§. 241.

Vorerinnerung.

Es ist bereits oben (§. 235.) bemerkt worden, dafs statt des ursprünglich versprochenen Gegenstandes häufig etwas Anderes, nemlich der Werth (*aestimatio*) geleistet werden müsse. Insonderheit ist dieses der Fall, wenn der zu leistende Gegenstand entweder gänzlich untergegangen oder doch verschlimmert (deteriorirt) worden ist und solchergestalt der Gläubiger einen Schaden erlitten

---

1) *Fr.* 38. *D.* 5, 1. *Fr.* 47. §. 1. *D.* 30.

2) *Fr.* 9. *D.* 13, 4. „*Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.*“

3) *Fr.* 2. §. 2—4. *D. eod.*

Digitized by Google

hat. Es kommt hierbei Alles auf die veranlassende Ursache des Schadens an, ob derselbe entweder durch Zufall (*casus fortuitus*), oder durch Culpa [1]), oder durch Arglist (*dolus*) herbeigeführt worden ist. Der Zufall und die Arglist sind die beiden Extreme, in deren Mitte gleichsam die Culpa liegt; zu der letzteren gehört aber gewissermafsen auch der Verzug (*mora*) und es soll daher auch davon zuletzt geredet werden.

§. 242.

1) Vom Zufall und von der Arglist.

Zufall (*casus fortuitus*, *vis maior*, *vis divina*, *fatum*) ist ein vom menschlichen Willen unabhängiges Ereignifs, überhaupt Alles, was durch menschlichen Verstand entweder gar nicht vorherzusehen ist, oder, vorhergesehen, doch nicht abgewendet werden kann [1]). Der daraus entsprungene Schade (*damnum fatale*) [2]) braucht nur dann ersetzt zu werden, wenn der Schuldner die Leistung desselben ausdrücklich übernommen hat, oder wenn es ein durch Schuld herbeigeführter Zufall (*casus mixtus*) ist [3]), oder wenn eine Schätzung zum Behuf des Verkaufes hinzugefügt wurde [4]). — Arglist (*dolus*, *dolus malus*) auf der andern Seite ist vorhanden, wenn

---

1) Das deutsche Wort: Nachläfsigkeit oder Fahrläfsigkeit entspricht nicht ganz dem Begriff von Culpa.

1) *c.* 6 *C.* 4, 24. „*Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint — — nullo bonae fidei iudicio praestantur*“ etc. *Fr.* 18. *D.* 13, 6. *Fr.* 1. §. 4. *D.* 44, 7. „*Si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest — — rem quam accepit amiserit, securus est.*“

2) Der vom Zufall zu befürchtende Schade heifst bekanntlich die Gefahr (*periculum*).

3) *Fr* 23. *D.* 50, 17. *c.* 6. *C.* 4, 24.

4) Vgl. *Fr.* 1. §. 1. *D.* 19, 3. *Fr.* 10. *pr.* §. 1—6. *D.* 23, 3.

der Schade mit Bewufstseyn der nachtheiligen Folgen verursacht ist. Es gilt hier der umgekehrte Grundsatz, dafs bei allen Verträgen ohne Ausnahme der dadurch bewirkte Schade ersetzt werden mufs. Dieser Grundsatz ist so allgemein, dafs nichts eine Ausnahme davon bewirken kann, auch nicht der Vertrag, dafs man dafür nicht einstehen wolle [5]).

§. 243.

2) Von der Culpa.

Johann Christian Hasse die Culpa des römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung. Kiel 1815. 8. (Ueber die sonstige Literatur s. mein R. d. Forderungen S. 96.)

a) Begriff und Arten oder Grade der Culpa.

Unter dem Ausdruck Culpa ist jede Unbesonnenheit begriffen, wodurch einem Andern [1]) widerrechtlich [2]) geschadet wird. Von dieser so bestimmten Culpa giebt es überhaupt nur zwei Arten oder Grade: *culpa lata* und

---

5) *Fr.* 1. §. 7. *D.* 16, 3. *Fr.* 23. *D.* 50, 17. „*Excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur.*“ — Mittelbar ist jedoch ein solcher Vertrag erlaubt. Vgl. *Fr.* 27. §. 3. *D.* 2, 14. Es gilt auch hier die Regel: „*Quae principaliter fiunt spectare solemus, non quae per consequentiam.*“ *Fr.* 1. *D.* 26, 8. Vergl. jedoch Glück Commentar Th. IV. §. 320. Note 98.

1) Rührt der Schade von demjenigen selbst her, der ihn leidet, so gilt die bekannte Regel: „*Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.*“ *Fr.* 203. *D.* 50, 17.

2) So oft Jemand, vermöge eines ihm zustehenden Rechts Schaden bewirkt hat, ist keine Culpa vorhanden: *Fr.* 151. *D.* 50, 17, „*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.*“

Digitized by Google

culpa levis. Die *culpa lata*, welche auch *magna*, *latior* und *dolo proxima* genannt wird, findet Statt, wenn Jemand entweder eine solche Unwissenheit vorgiebt, die man bei keinem vernünftigen Menschen voraussetzen kann [3]), oder wenn Jemand in fremden Angelegenheiten nachlässiger gewesen ist, als in seinen eigenen [4]). *Culpa levis* hingegen ist in allen übrigen Fällen vorhanden, wo Jemand durch widerrechtliche Unbesonnenheit einen Schaden herbeigeführt hat, ohne dafs man die Absicht schaden zu wollen, dabei annehmen und vermuthen kann [5]). So oft in den Gesetzen von Culpa schlechthin die Rede ist, wird stets die *culpa levis* darunter verstanden [6]), und davon ist die *culpa levissima* durchaus nicht verschieden [7]),

---

3) *Fr.* 223. *D.* 50, 16. „*Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes homines intelligunt.*“

4) *Fr.* 32. *D.* 16, 3. „*Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis (alienis), quam suis rebus, diligentiam praestabit.*“ *Fr.* 22. §. 3. *D.* 36, 1. (Die *culpa lata* unterscheidet sich wohl eigentlich nur darin vom *dolus*, dafs bei diesem die Absicht aus Gewinnsucht oder Bosheit zu schaden vollkommen erwiesen ist, bei jener hingegen nur rechtlich angenommen und vermuthet werden kann.)

5) *Fr.* 31 *D.* 9, 2. — — „*culpa est, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.*“

6) *Fr.* 23. *D.* 50, 17. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6. §. 6. *I.* 1, 26. §. 3. *I.* 3, 15.

7) Die einzige Stelle im ganzen *Corpus iuris*, wo zufällig der Ausdruck *culpa levissima* vorkommt, ist *Fr.* 44. *D.* 9, 2. „*In lege Aquilia et culpa levissima venit.*“ — Eben so findet zwischen den Ausdrücken *exacta* und *exactissima diligentia*, *diligens* und *diligentissimus paterfamilias* kein Unterschied statt.

Digitized by Google

Bei der *culpa levis* insonderheit kommt noch der wichtige Unterschied in Betracht, ob sie durch eine positive Handlung, durch Thätigkeit (*facto*), oder durch eine Unterlassung (*negligentia*, *desidia*) entstanden ist [8]). Wer zur *diligentia* verpflichtet ist, oder, was offenbar dasselbe sagt, keine *negligentia* begehen darf, mufs immer zugleich auch für *culpa levis in faciendo* einstehen, aber umgekehrt läfst sich nicht behaupten, dafs der zur *culpa levis in faciendo* Verpflichtete defshalb auch für unterlassene *diligentia* einstehen müsse, und in sofern bildet die Culpa *in non faciendo* allerdings einen höheren Grad, als die *in faciendo*. Bei der *diligentia* mufs endlich noch eine nach dem subjectiven Verhältnifs zu beurtheilende Verschiedenheit angenommen werden, indem bisweilen der Fleifs, den ein fleifsiger Familienvater überhaupt (*diligentia quam diligens paterfamilias adhibet*), bisweilen nur der Fleifs den der Contrahent bei seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, (*diligentia quam quis in suis rebus adhibere solet*), verlangt wird [9]). — Der häufig in den Gesetzen vorkommende Ausdruck *custodia* bezeichnet genau betrachtet, kein von der *diligentia* veerschiedenes Verhältnifs, es ist nemlich darunter die zur Aufbewahrung von Sachen nöthige *diligentia* zu verstehen und begreift daher auch die Verpflich-

---

8) *Fr.* 91. *pr. D.* 45, 1. „*Culpa levis quaedam in faciendo est, quaedam in non faciendo*“. — Auch bei der *culpa lata* läfst sich zwar derselbe Unterschied denken, und es kommt selbst in den Gesetzen der Ausdruck *lata* oder *magna negligentia* vor, allein hier sind damit keine besondere rechtliche Wirkungen verknüpft, es ist vielmehr völlig einerlei, ob die *culpa lata* sich durch ein Handeln oder Unterlassen äussert.

9) Jenes wird von den Neuern *culpa in abstracto*, dieses *in concreto talis* genannt.

tung, den Diebstahl, sofern es durch angewendete Sorgfalt möglich ist, zu verhüten [10]).

§. 244.

b) Regeln über die Leistung der Culpa.

Wenn Jemand der Sache eines Andern eine widerrechtliche Beschädigung zufügte, so kommt es darauf an, ob entweder ein obligatorisches Verhältnifs zum Grunde lag oder nicht [1]). In dem letztern Falle kann von *Culpa in non faciendo* gar keine Rede seyn, weil die Unterlassung einer Handlung an und für sich keinen Eingriff in fremde Rechte enthält und also durchaus nicht widerrechtlich ist, wohl aber mufs in der Regel für jede *Culpa in faciendo* Ersatz geleistet werden [2]), vorausgesetzt, dafs wissentlich eine fremde Sache beschädigt worden ist [3]). In dem ersteren Falle [4]) versteht es sich von selbst, dafs für *culpa lata* stets, so wie für eigentlichen Dolus, Ersatz geleistet werden mufs, auch wenn der Dolus nur allein genannt ist. Davon abgesehen, kommt aber *A)* die

---

10) *Fr.* 52. §. 3. *D.* 17, 2. §. 17. *I.* 4, 1.

1) Der Vollständigkeit wegen hat dieser nicht in das Recht der Forderungen gehörende Fall hier berührt werden müssen.

2) Vgl. *Fr.* 44. *D.* 9, 2. Ausnahmen, wo die Thätigkeit gar nicht als widerrechtlich betrachtet werden kann, kommen vor im *Fr.* 49. §. 1. *D.* 9, 2. *Fr.* 3. §. 7, *D.* 47, 9.

3) Wufste der Beschädigende nicht, dafs die Sache eine fremde war, so mufs bekanntlich in diesem Falle des guten Glaubens, die Zeit vor und nach geschehener Einlassung auf die erhobene Klage unterschieden werden. *Fr.* 31. §. 3. *D.* 5, 3. *Fr.* 36. §. 1. *Fr.* 45. 63. *D.* 6, 1. *Fr.* 20. §. 11. *Fr.* 25. §. 7. *D.* 5, 3. (s. §. 169.)

4) Darauf beziehen sich vorzüglich *Fr.* 23. *D.* 50, 17. *Fr.* 5. §. 2. *sq. D.* 13, 6.

Digitized by Google

culpa levis bei einigen obligatorischen Geschäften gar nicht in Betracht, und zwar 1) dem allgemeinen Grundsatz der Billigkeit gemäfs: dafs Niemanden das blofs zum Vortheil eines Andern unternommene Geschäft Nachtheil bringen dürfe [5]): *a*) nicht beim Depositum [6]), *b*) eben so wenig beim Commodat, wenn dasselbe Ausnahmsweise auf den Vortheil und das Interesse des Commodanten, nicht des Commodatars berechnet ist [7]). Doch treten von dem obigen allgemeinen Grundsatze folgende Ausnahmen ein: *α*) wenn gleich Anfangs bei einem solchen Geschäft ausgemacht ist, dafs auch *culpa levis* geleistet werden soll; *β*) wenn sich Jemand freiwillig dem Geschäft unterzogen hat; *γ*) wenn das Geschäft Ausflufs eines öffentlichen Amtes ist [8]). 2) Aus besonderen Gründen wird die *culpa levis* nicht geleistet: *a*) beim

5) *Fr.* 61. §. 5. *D.* 47, 2. „*Nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa, susceperat, damnosum esse debet.*“

6) *Fr.* 5. §. 2. *D.* 13, 6. *Fr.* 1. §. 47. *D.* 16, 3. *c.* 1. *C.* 4, 34. §. 4. *I.* 3, 16.

7) *Fr.* 5. §. 10. *D.* 13, 6.

8) Vermöge dieser Ausnahmen wird in folgenden vier Contracten, ob sie gleich an und für sich *gratuita negotia* sind, *culpa levis* prästirt: 1) beim Depositum *a*) wenn es ausdrücklich verabredet ist: *Fr.* 1. §. 6. *D.* 16, 3. *Fr.* 23. *D.* 50, 17.; *b*) wenn der Depositar, ohne darum gebeten zu seyn, sich von freien Stücken dem Depositum unterzogen hat: *Fr.* 1. §. 35. *D.* 16, 3. 2) Bei der *negotiorum gestio*: *Fr.* 11. *D.* 3, 5. §. 1. *in f. I.* 3, 28. Hier versteht es sich von selbst: „*adiuvari nos, non decipi beneficio oportet.*“ *Fr.* 17. §. 3. *in f. D.* 13, 6. *Fr.* 36. *D.* 50, 17. Eben so 3) beim Mandat: „*mandatum enim non suscipere cuilibet liberum est.*“ §. 11. *I.* 3, 27. *Fr.* 23. *D.* 50, 17. *c.* 13. 21. *C.* 4, 35. Endlich 4) aus dem dritten Grunde der Ausnahmen, bei der Tutel und Curatel. *c.* 7. *C.* 5, 51. *Fr.* 1. *D.* 27, 3.

beim Geschäft des Feldmessers [9]), und *b*) beim Precarium [10]). — *B*) Bei einigen Contracten wird blofs die subjective *diligentia* (s. g. *culpa levis in concreto*) berücksichtigt, d. h. der Grad des Fleifses, welchen der Schuldner bei seinen eigenen Sachen anzuwenden gewohnt ist, weil es offenbar minder drückend ist, wenn blofs der bei eigenen Sachen gewohnte Fleifs, als wenn überhaupt der Fleifs eines fleifsigen Familienvaters erfordert wird [11]). — *C*) Bei allen übrigen Contracten kommt jede Art der Culpa in Betracht („*et culpam recipiunt et diligentiam*") und zwar nicht blos die *diligentia*, *quam in suis rebus adhibet debitor*, sondern die *diligentia diligentis patrisfamilias* überhaupt [12]). — Die gesetzlich bestimmten Vorschriften über die Culpa können natürlich durch eine besondere Uebereinkunft der Parteien abgeändert werden [13]), nur darf dieselbe nicht gegen ein gesetzlichen Verbot anstofsen [14]).

---

9) *Fr.* 1. §. 1. *D.* 11, 6. vergl. Glück's Commentar Th. XI. S. 375. fg.

10) *Fr.* 8. §. 3. vgl. *Fr.* 1. 2. *D.* 43, 26.

11) Dahin gehört: 1) der *Socius*, §. 9. *I.* 3, 26. *Fr.* 72. *D.* 17, 2.; 2) der Mann in Rücksicht der *Dos*, *Fr.* 17. *pr. D.* 23, 3. *c.* 11. *C.* 5, 14.; 3) der Tutor und Curator, *Fr.* 1. *pr. D.* 27, 3.; 4) der Mitberechtigte, insonderheit der Miterbe, *Fr.* 25. §. 16. *D.* 10, 2.

12) Vergl. z. B. *Fr.* 3. 11. *D.* 18, 6. *Fr.* 18. 13. §. 1. *D.* 13, 7. *Fr.* 5. §. 2. 5. *Fr.* 16. *D.* 13, 6. §. 5. *I.* 3, 25. §. 1. *in f. I.* 3, 26. u. s. w. — Beim Commodat tritt nach *Fr.* 5. §. 4. *D.* 13, 6. die Singularität ein, dafs, wenn die Sachen des Commodanten und Commodatars zugleich in Gefahr gerathen, die geliehenen Sachen zuerst gerettet werden müssen.

13) Vergl. *Fr.* 11. §. 1. *D.* 19, 1. *Fr.* 1. §. 10. *D.* 16, 5.

14) Vergl. z. B. *Fr.* 6 *D.* 23, 4.

Digitized by Google

§. 245.

3) Von der Mora.

Verzug (*mora*, *frustratio*, *cessatio*, *dilatio*) ist überhaupt die widerrechtliche Verzögerung einer Handlung, wodurch Jemand Schaden leidet. Sie entsteht von Seiten des Gläubigers (*mora accipiendi*) durch widerrechtliche Verweigerung der Annahme einer gehörig angebotenen Leistung; von Seiten des Schuldners (*mora solvendi*) aber entweder nach vorhergehender Mahnung (*mora ex persona*) oder ohne dieselbe (*mora ex re*) [1]). Das Letztere ist der Fall, sowohl wenn der Zahlungstermin vertragsmäfsig bestimmt ist [2]), als wenn die nachtheiligen Folgen des Verzuges schon durch die unmittelbar gesetzliche Vorschrift begründet sind [3]). — Die Wirkungen des Verzuges von Seiten des Schuldners bestehen darin, dafs er dem Gläubiger für alle nachtheiligen Folgen und insonderheit für den zufälligen Schaden einstehen mufs [4]) und auch vom Augenblick des begangenen Verzuges zur Zinszahlung [5]) verpflichtet ist. Die von Seiten des Gläubigers begangene Mora hingegen bewirkt: dafs dadurch die vom Schuldner zu leistende Culpa gemindert wird [6]) und dafs die Gefahr der Leistung nun

---

1) *Fr.* 32. *pr. D.* 22, 1. „*Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.*“

2) *Dies interpellat pro homine.* Vergl. *c.* 12. *C.* 8, 38.

3) Vergl. über die dahin gehörenden Fälle mein R. d. Forder. S. 110. Note *e.*

4) *Fr.* 82. §. 1. *D.* 45, 1. *Fr.* 5. *D.* 12, 1. *c.* 7. *C.* 4, 7. Eine auf Billigkeit gegründete Ausnahme tritt jedoch alsdann ein, wenn die Sache eben so beim Gläubiger zu Grunde gegangen wäre.

5) *Fr.* 17. §. 3. 4. *Fr.* 32. §. 2. *Fr.* 32. 41. *D.* 22, 1.

6) *Fr.* 17. *D.* 18, 6. *Fr.* 9. *D.* 24, 3.

Digitized by Google

auf den Gläubiger übergeht [7]). Die beiderseitige Mora endlich ist entweder gleichzeitig, oder nicht; bei jener findet eine Compensation Statt [8]); bei dieser hingegen wird jedem Theile zwar seine Verzögerung besonders angerechnet, der zufällige Schade aber nach der spätereu Mora beurtheilt [9]). — Die einmal entstandene Mora hört wieder auf, theils durch die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung beider Theile [10]), und theils auch durch die Bereitwilligkeit des Säumigen, seiner Verpflichtung gehörig nachzukommen, oder die Zahlung anzunehmen (*Purgatio morae*) [11]).

§. 246.

Anhang: Von den Zinsen.

Dig. XXII, 1. *Cod.* IV, 32. V, 56. VII, 54.

Da die Zinszahlung eine gewöhnliche Folge der *mora solvendi* ist, so erscheint hier eine schickliche Gelegenheit über die rechtliche Natur der Zinsen überhaupt Einiges zu bemerken. Unter Zinsen (*usurae*) verstehen wir nemlich dasjenige, was für den Gebrauch einer schuldigen Quantität von Fungibilien (Capital, Hauptstuhl, *sors*) entrichtet wird. Sind dieselben auf eine gewisse Zeit vorausbezahlt, so kann das Capital in dieser Zeit nicht zurückgefordert werden [1]), und ist die Zinszahlung lange Zeit fortgesetzt worden, so entsteht daraus eine dringende

---

7) *Fr* 72. *pr. D.* 46, 2.

8) Vergl. *Fr.* 51. *pr. D.* 19, 1.

9) *Fr.* 37. *in f. D.* 17, 1. *Fr.* 17. *D.* 18, 6.

10) *Fr.* 8. 15 *D.* 46, 2.

11) *Fr.* 73. §. 2. *D* 45, 1.

1) *Fr.* 57. *pr. D.* 2, 14. „*Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.*“

Vermuthung für das Daseyn eines zinsbaren Capitals [2]). — Der Grund der Zinszahlung ist entweder eine unmittelbar gesetzliche Vorschrift (*usurae legales*), oder eine besondere verbindliche Handlung des Schuldners, d. h. entweder ein Vertrag (*usurae conventionales*) oder eine einseitige erlaubte oder unerlaubte Handlung, dahin die *usurae testamentariae* und *usurae ob moram debitae*. — Das Maafs der Zinsen kann wieder sowohl durch Vertrag als durch gesetzliche Vorschrift bestimmt seyn; wird dasselbe nicht beobachtet, so ist Zinswucher (*usuraria pravitas*) vorhanden [3]). Nach den Grundsätzen des neuesten römischen Rechts sind gewöhnlich nur *usurae quincunces* oder *semisses* erlaubt. Die rückständigen Zinsen dürfen jedoch die Summe des Capitals nicht übersteigen (*usurae ultra alterum tantum*) [4]) und Zinsen von Zinsen zu nehmen (*Anatocismus*) [5]) ist gesetzlich verboten. Mit den Zinsen ist das so genannte *Iuterusurium* oder *commodum repraesentationis* nicht zu verwechseln [6]).

---

2) *Fr.* 6. *pr. D. h. t.* „*Imperator ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas* (*debitor*) *longo tempore praestitisset.*“

3) *Fr.* 29. *D. h. t. c.* 20. *C.* 2, 12. (Ueber die Vorschriften der deutschen Reichsgesetze und die heutige Gültigkeit des römischen Rechts in dieser Lehre vgl. Thibaut §. 282. und die von ihm angeführten Schriftsteller.

4) *Fr.* 26. §. 1. *D.* 12, 6. *c.* 10. *C.* 4, 32.

5) *c.* 28. *C.* 4, 32. Ist verabredet worden, dafs die Zinsen zum Capital geschlagen werden sollen, so ist *Anatocism. coniunctus*, sollen aber die Zinsen als neues Capital vom Schuldner verzinset werden, so ist *Anatocism. separatus* vorhanden. Von Anatocismus kann jedoch die Rede nicht seyn, wenn die Zinsen in der Person eines Dritten die Natur eines neuen Capitals annehmen. s. mein Recht der Forder. S. 115.

6) Vergl. Thibaut §. 289.

Zweiter Abschnitt.

Von den Wirkungen der gehörig zu Stande gekommenen einzelnen Verträge.

Erstes Capitel.

Von den Consensualverträgen.

Erster Absatz.

Vom Kaufcontract.

Inst. III, 23. *Dig.* XVIII, 1. *Cod.* IV, 38.
Donellus *Libr.* XIII. *c.* 1—5.

§. 247.

I) *Constitutive Erfordernisse.*

Kauf und Verkauf (*emtio venditio*) ist ein Vertrag wechselseitiger Leistung, wodurch für eine bestimmte Summe Geldes das Eigenthum einer Sache übertragen werden soll. Zu den constitutiven Erfordernissen gehört: 1) die Einwilligung, welche frei [1]) und auf die gehörige Weise [2]) erklärt seyn mufs und durch kein gesetzliches Verbot beschränkt seyn darf [3]); 2) ein gehörig be-

1) Ein gezwungener Kauf und Verkauf ist in der Regel ungültig. Vergl. jedoch *Fr.* 12. *pr. D.* 11, 7. *Fr.* 14. §. 1. *D.* 8, 6. *Fr.* 13. § 1. *D.* 8, 4. *Fr.* 13, §. 17. *D.* 19, 1.

2) Vergl. *Fr.* 1. §. 2. *D* 18, 1.

3) Gesetzliche Verbote finden sich in *Fr.* 5. §. 2. *D.* 26, 8. *Fr.* 46. *D.* 18, 1. *Fr.* 3. *D.* 50, 13. *c.* 9. *C.* 10, 52. — Die Perfection des Vertrages hängt von der blofsen Einwilligung ab, nicht aber von der wirklichen Uebergabe, von

Digitized by Google

schaffener Gegenstand, d. h. ein solcher, der überhaupt verkaufbar [4]) und gewifs [5]) ist; 3) ein gehörig beschaffenes Pretium, d. h. ein solches, das in baarem Gelde besteht [6]) und *verum*, *iustum* und *certum* ist [7]).

§. 248.

II) *Besondere Wirkungen.*

A) In Hinsicht auf diz Gefahr und den Vortheil der verkauften Sache.

§. 3. *I.* III, 23. (24). *Dig.* XVIII, 6. *Cod.* IV, 48.

Unter Gefahr (*periculum*) ist aller zufällige Nachtheil zu verstehen, der sich an der verkauften Sache ereignen kann (s. §. 242. Note 2). Wenn die Sache schon übergeben ist, so mufs natürlich der Käufer, als Eigenthümer, stets den zufälligen Schaden tragen, aber wenn

---

der Bezahlung des Kaufpreises, von einem schriftlichen Aufsatze und von einem s. g. Handgeld (*Arrha*). s. mein Recht d. Forder. S. 117.

4) Hier insonderheit die Frage: in wiefern können künftige Sachen verkauft werden? 1) *emtio rei speratae: Fr.* 39. §. 1. *Fr.* 78. §. 3. *D. h. t.*; 2) *emtio spei: Fr.* 8. §. 1. *D. h. t. Fr.* 11. *D.* 18, 4. Vgl. Valerius Maxim. *in dict. factisque memorabilib.* IV, 1.

5) Ueber den Kauf *ad corpus*, *per aversionem* (in Pausch und Bogen): *Fr.* 35. §. 6. *D. h. t.* und *ad quantitatem et mensuram: Fr.* 40. §. 2. *D. h. t. Fr.* 10. §. 1. *D.* 18, 6. Vgl. mein Recht der Forderungen S. 120.

6) §. 2. *I. Fr.* 1. §. 1. *D. h. t. c.* 7. *C.* 4, 64. — Wie ist der Kauf vom Tausche verschieden? *Fr.* 1. *D.* 19, 4. Welche Grundsätze treten ein, wenn Geld und eine andere Sache gegeben wird? *Fr.* 38. 79 *D. h. t. c.* 1. *C.* 4, 64.

7) Kann die Bestimmung des Preises dem Ermessen eines Dritten, oder dem Gutbefinden eines der Contrahenten überlassen werden? *c. ult. C.* 4, 38. §. 1. *I. Fr.* 7. §. 1. 2, *D. h. t*

Digitized by Google

auch die Sache noch nicht übergeben ist, mufs der Käufer in der Regel gleichfalls das Periculum übernehmen [1]; der Verkäufer müfste sich denn im Verzuge befinden oder die Gefahr der Sache ausdrücklich übernommen haben, oder die Sache wegen eines zur Zeit des Contractes schon vorhandenen, dem Käufer unbekannten Fehlers zu Grunde gegangen seyn (s. §. 250). Auf der andern Seite aber bringt es die Billigkeit mit sich, dafs auch der vor der Uebergabe zu der verkauften Sache hinzugetretene Vortheil (*commodum rei venditae*) auf den Käufer übergehen mufs.

§ 249.

B) In Hinsicht auf die wechselseitigen Leistungen.

1) Leistungen, die aus der Natur des Geschäftes selbst folgen.

a) Von Seiten des Verkäufers.

α) Nach Grundsätzen des Civilrechts im engern Sinne.

Dig. XIX, 1. *Cod.* IV, 49.

Nach Grundsätzen des Civilrechts im engern Sinne ist 1) der Verkäufer schuldig, die verkaufte Sache dem Käufer auf die gehörige Weise mit ihren Accessionen zu übergeben, vorausgesetzt, dafs er entweder den verabredeten Kaufpreis wirklich erhalten, oder dem Käufer defshalb Credit gegeben hat [1]; 2) er ist zu einer bleibenden Uebergabe verpflichtet, d. h. die übergebene Sache darf nicht von einem Andern als Eigenthum oder Pfand in Anspruch genommen, evincirt werden. Eviction ist bekanntlich die durch richterliche Hülfe ge-

1) *c.* 4. *C. h. t.* „*Cum inter emtorem et venditorem, contractu sine scriptis inito, de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non intercessit: pericula emtoris rem distractam esse, in dubium non venit.*“

2) §. 41. *I.* 2, 1. *Fr.* 11. §. 2. *D.* 19, 1.

schehene Wiedererlangung der von einem Andern, hier vom Käufer, aus gerechtem Grnnde besessenen Sache [2]). Bei vorgefallener Eviction nimmt daher der Käufer seinen Regrefs gegen den Verkäufer und zwar auf das volle Interesse [3]), vorausgesetzt, dafs der Käufer ihm *litem* denunciirt und dafs er nicht wissentlich eine fremde Sache gekauft hat, ohne sich die Eviction besonders versprechen zu lassen; der erhaltene Kaufpreis mufs aber auf jeden Fall restituirt werden. 3) Endlich ist der Verkäufer zu einer unverletzten Uebergabe verbunden, d. h. zu einer solchen, die frei von Nachtheil für den Käufer ist; insonderheit mufs der Verkäufer Alles leisten, was er besonders versprochen hat und wovon der Käufer das Gegentheil nicht wissen konnte, auch mufs er für jeden Grad der Culpa einstehen, nicht aber für die in einen Zufall ausartende Custodia, wenn sie nicht besonders übernommen ist [4]). — Die im Civilrecht begründeten Verbindlichkeiten des Verkäufers werden mit der *actio emti* durchgesetzt und ausserdem findet auch die *exceptio rei venditae et traditae* Statt [5]), wenn der Verkäufer selbst oder der Eigenthümer, der Erbe des Verkäufers geworden ist, die verkaufte Sache wieder in Anspruch nehmen sollte.

---

2) *T. T. Dig.* XXI, 2. *Cod.* VIII, 45. H. Donellus *ad tit. Cod. de evictionib.* (*In ed. Lucensi Opp. T.* IX. *p.* 1449.) *et ad tit. Dig. de eviction. et duplae stipulatione* (*Ibid. Tom.* X. *p.* 1330.)

3) *Fr.* 70. *D.* 21, 2. „*Evicta re, ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.*“ *Fr.* 8. *D. eod.* — Ueber die bei den Römern auf den Fall der Eviction gewöhnliche *duplae stipulatio* vergl. Noodt *in Comm. h. t.*

4) §. 3. *I.* 3, 23 (24). *Fr.* 5. §. 2. *D.* 13, 6. Wenn der Käufer *in mora* ist, braucht der Verkäufer nur *culpa lata* zu leisten. *Fr.* 5. 17. *D.* 18, 6. Vergl. §. 245.

5) *T. T. D.* XXI, 3.

§. 250.

β) Nach dem Edict der Aedilen.

Dig. XXI, 1. *Cod,* IV, 58.

H. Donellus *ad tit. de aedilitio edicto (In edit. Lucensi Opp. T. X. p. 229.)* — von Feuerbach civilist. Versuche Th. I. S. 49. fg. u. dagegen I. H. Westhoff *vindiciae communis doctrinae de act. redhibitoria ob vitium minus principale haud competente. Helmst.* 1804.

Wenn die verkaufte Sache einen Fehler an sich hat, der ihren Gebrauch hindert und ihren Werth verringert, der Verkäufer aber diesen Fehler, da er verborgen war und der Käufer ihn nicht wissen konnte, entweder verschwiegen, oder versichert hat, dafs ein bestimmter Fehler nicht vorhanden sey, der vorhanden ist, oder ein bestimmter Vorzug sich an der Sache finde, der fehlt: so haben schon die Aedilen dem Käufer eine doppelte Klage gestattet, die *actio ad exhibendum* (Wandelungsklage) und *actio quanti minoris* (Minderungsklage), so dafs er die Wahl hat, ob er diese Klagen, oder die aus dem Kaufcontract gebrauchen will. Bei der *actio redhibitoria* wird ein solcher Fehler vorausgesetzt, der den Gebrauch der Sache hindert, und sie mufs in den ersten sechs Monaten nach erfolgter Uebergabe angestellt werden; bei der *a. quanti minoris* hingegen ein solcher Fehler, der den Werth verringert, und sie findet innerhalb eines Jahres Statt. Die Zeit wird jedoch hinsichtlich ihres Laufes bei beiden Klagen *utiliter* berechnet [1]). — Die *actio quanti minoris* kann auch mehrmals angestellt werden [2]).

---

1) *Fr.* 19. §. 6. *D. h. t.* „*Tempus redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanti minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve id est.*“

2) *Fr.* 31. §. 16. *D. h. t.* — — „*dummodo lucrum emtor non faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur.*“

Digitized by Google

§. 251.

b) Von Seiten des Käufers.

Der Käufer auf der andern Seite ist schuldig: 1) den Kaufpreis, wenn nichts Anderes darüber ausgemacht worden, entweder gleich bei, oder gleich nach der Uebergabe zu bezahlen; bezahlt er nicht zur gehörigen Zeit, so mufs er wegen seines Verzuges auch die Zinsen davon entrichten [1]; 2) die auf die verkaufte Sache vor der Uebergabe verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten dem Verkäufer zu erstatten [2] und ihm alles dasjenige herauszugeben, was ohne mitverkauft zu seyn, zufällig auf ihn gekommen ist, z. B. die vor dem Kaufe percipirten Früchte. Die Verbindlichkeiten des Käufers und dessen Erben werden vom Verkäufer und dessen Erben mit der *actio venditi* durchgesetzt; der Verkäufer mufs aber zuvor die verkaufte Sache übergeben, oder dem Käufer angeboten haben [3].

§. 252.

2) Leistungen, die aus einem hinzugefügten Vertrage entspringen.

Cod. IV, 54.

Alle Leistungen, die durch einen dem Kaufgeschäft hinzugefügten Nebenvertrag bestimmt worden sind, müssen gewissenhaft erfüllt werden. Die vorzüglichsten dieser Nebenverträge sind folgende: *a)* das *pactum displicentiae* (Reukauf); *b)* das *p. constituti possessorii* [1]; *c)* das *p.*

---

1) *Fr.* 13. §. 20. *D.* 19, 1. *c.* 5. *C.* 4, 49.

2) *Fr.* 13. §. 22. *D. h. t. c.* 16. *C.* 4, 49. „*Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos b. f. fecerit, restitui debere notissimum est.*“

3) Vergl. *Fr.* 25. *D. h. t.*

1) *Fr.* 75. *D.* 18, 1. *Fr.* 21. §. 4. *D.* 19, 1.

Digitized by Google

reservati dominii oder *reservatae hypothecae*; *d*) das *p. de retrovendendo* oder *retroëmendo*; *e*) das *pactum* oder *ius protimiseos* [2]); *f*) das *p. addictionis in diem* [3]); *g*) das *pactum commissorium* oder *lex commissoria* [4]).

§. 253.

III) *Besondere Aufhebungsarten.*

Dig. XVIII, 5. *Cod.* IV, 44. 45.

Der Kaufcontract wird aus einem besonderen Grunde aufgehoben: 1) wenn eine Redhibitorienklage angestellt und durchgesetzt wird (§. 250.); 2) wenn die Aufhebung durch einen besonderen Vertrag verabredet ist, insonderheit durch das *p. addictionis in diem*, *displicentiae* u. s. w.; 3) wenn der Verkäufer über die Hälfte des wahren Werthes verletzt worden ist [1]). Wenn nemlich ein Kauf so geschlossen ist, dafs die Hälfte weniger bezahlt wurde, als der wahre Preis der verkauften Sache beträgt, so soll derselbe vom Verkäufer rescindirt werden können; der Käufer hat aber die Wahl, ob er sich die Aufhebung des Contractes gefallen lassen, oder so viel nachzahlen will, als der wahre Preis beträgt. — Gewöhnlich wird die Aufhebung des Contractes wegen Verletzung über die Hälfte auch dem Käufer gestattet und viele Rechtsgelehrte wollen sie sogar auch bei andern lästigen Geschäften zur Anwendung kommen lassen.

---

2) *Fr.* 75. *D. cit.* 3) *T. T. Dig.* XVIII, 2.

4) *T. T. Dig.* XVIII, 3.

1) *c.* 2. *C.* 4, 44. (*de rescindenda venditione*): „*Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*“

§. 254.

Anhang; Vom Verkauf der Erbschaften und Klagen.

Dig. XVIII, 4. *Cod.* IV, 39.

Da über den Verkauf der Forderungen und Klagen bereits oben (§. 226.) bei der Lehre von der Cession das Nöthige erwähnt worden ist, so bleiben wir hier blofs bei dem Verkauf der Erbschaften stehen. Obgleich das Erbrecht selbst niemals verkauft werden kann, so ist doch der Verkauf der Erbschaft, als solcher, d. i. der aus dem Erbrecht entspringenden Vortheile und Nachtheile in der Regel erlaubt. Wenn die Erbschaft eine gegenwärtige, d. h. wirklich deferirte und angenommene ist, so leidet dieses gar keinen Zweifel [1]; aber auch eine künftige Erbschaft, die von einer noch ungewissen Person zufallen wird, kann gültig verkauft werden, denn diese ist geradezu als Verkauf einer ungewissen Hoffnung zu betrachten [2]. Wenn hingegen die Erbschaft von einer gewissen Person erwartet wird, so ist der darüber eingegangene Vertrag nicht anders gültig, als wenn der künftige Erblasser einwilligt und bis an seinen Tod damit zufrieden ist, weil sonst ein verbotener Erbvertrag daraus entstehen würde [3].

---

1) *Fr.* 7. *D. h. t.* „*Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio, nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emtio et ideo pretium condicetur.*“

2) *Fr.* 11. *D. eod.* „*Nam hoc modo admittitur esse venditionem, si qua hereditas est tibi emta et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.*“

3) *c.* 30. *C.* 2, 3. — Ueber die besonderen Wirkungen der verkauften Erbschaft s. mein R. d. Forder. S. 138. fg.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Vom Miethcontract.

Inst. III, 24 (25). *Dig.* XIX, 2. *Cod.* IV, 65. Donellus *Libr.* XIII. *c.* 6—9.

§. 255.

I) *Begriff und constitutive Erfordernisse.*

Die Miethe (*locatio conductio*) ist wieder ein Contract wechselseitiger Leistung, wo für den Gebrauch einer Sache, oder für geleistete Dienste, Geld entrichtet wird. Es kommt dabei ein doppeltes Subject vor, das eine vermiethet, das andere miethet: *Locator*, *Conductor* [1]). Die Einwilligung dieser Contrahenten mufs vor allen Dingen frei und gewifs seyn [2]) und es darf kein gesetzliches Verbot im Wege stehen [3]), Die bei dem Vertrage wesentlichen

1) Der *Conductor praedii rustici* insonderheit wird *Colonus* (Pachter) genannt, und, wenn er eine Quote der Erndte statt des Miethgeldes leisten mufs, *Colonus partiarius* (Μοίτης); der *Conductor praedii urbani* heifst bekanntlich *Inquilinus*, und *Publicanus* ist der *conductor vectigalium aliorumque redituum publicorum.*

2) Einerlei, ob die Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird. Auf stillschweigender Consens beruhet sehr häufig die *reconductio.* Diese wird nemlich nach abgelaufener Miethzeit durch das Stillschweigen der Contrahenten dergestalt begründet, dafs bei *praediis rusticis*: „*in ipso anno, quo tacuerunt*", bei *urbanis* hingegen „*prout quisque habitaverit*" der Contract erneuert wird. *Fr.* 13. § 11. *D. h. t.* s. mein R. d. Forder. S. 142. (Bei Landgütern wird h. z. T. die Zeit angenommen, die zur vollständigen einmaligen Bewirthschaftung nöthig ist.)

3) Vergl. z. B. *Fr.* 49. §. 1. *D.* 19, 2. *T. T. C.* V, 41.

Digitized by Google

lichen Gegenstände, worauf die Einwilligung gerichtet ist, sind von Seiten des Vermiethers: entweder Sachen [4]) oder Handlungen (*operae illiberales*), die entweder an der Person des Conductors, oder an seiner Sache vorgenommen werden sollen. Bei den vermietheten Handlungen wird aber die Quantität des Lohnes entweder für die einzelnen Dienstleistungen (*locatio operarum*, Dienst- oder Lohnvertrag im engeren Sinne), oder für das durch die Dienste zu Stande gebrachte Werk im Ganzen bestimmt (*locatio operis*, Verdingungsvertrag) [5]). Von Seiten des Miethers ist der für die Sachen oder Dienste zu gebende Lohn (*Merces*, bei unbeweglichen Sachen *Pensio*) als wesentliches Erfordernifs zu betrachten [6]).

§. 256.

II) *Wirkungen.*

A) Bei der Miethe von Sachen.

1) Verbindlichkeiten des Vermiethers.

Der Vermiether ist 1) schuldig, dem Miether den vollständigen Gebrauch der gemietheten Sache, oder das Interesse zu leisten. Damit ein der Sache angemessener Gebrauch fortdauernd möglich sey, mufs der natürliche Besitz der vermietheten Sache mit ihrem Zubehör auf den Miethsmann übergehen, die gemiethete Sache selbst aber

4) Selbst gemiethete Sachen können weiter vermiethet werden: Aftermiethe, Afterpacht (*sublocatio*, *subconductio*). *c.* 6. *C. h. t.* „*Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit.*“

5) Bei der *loc. cond. operis* wird der Conductor auch wohl *Redemtor operis* genannt. *Fr.* 39. *D.* 6, 1. vergl. Cicero *de divin.* II, 22. „*Redemtor qui columnam a Torquato conduxerat faciendam.*“

6) Ueber die näheren Bestimmungen der *Merces* vgl. §. 1. 2. *I. Fr.* 2. *D. h. t. Fr.* 5. §. 2. *D.* 19, 5.

Digitized by Google

in einem brauchbaren Stande erhalten werden; auch darf natürlich der Vermiether selbst den Miether nicht an der vollständigen Benutzung der Sache hindern [1]). 2) Der Vermiether ist ferner verbunden, den Miether schadlos zu halten, d. h. er mufs ihm *a*) den von der vermietheten Sache selbst erlittenen Schaden ersetzen (*damnum ex vitio rei ortum*) [2]); *b*) er mufs die Klagen abtreten, womit der Miethsmann die ohne sein Zuthun verloren gegangenen Sachen, oder die gestohlenen Früchte derselben, wieder erlangen kann; *c*) er mufs ihm die auf die gemiethete Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten ersetzen und der Miether kann defshalb ein Zurückbehaltungsrecht ausüben [3]). 3) Endlich ist der Vermiether im Zweifel gehalten, die auf der vermietheten Sache haftenden öffentlichen Lasten und Abgaben zu übernehmen [4]). — Alle diese Verbindlichkeiten werden gegen

---

1) *Fr.* 15. §. 1. *D. h. t.* „*Competit autem (actio conducti) ex his causis fere: ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum, vel ubi greges eius stare oportet; aut, si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.*“

2) Sollte indessen die Unwissenheit des Vermiethers gerechte Entschuldigung verdienen, so kann zwar das Interesse nicht von ihm verlangt werden, der Miether braucht aber auch das Miethgeld nicht zu entrichten. *Fr.* 19. §. 1. *D. h. t.* „*Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia eius erit excusata. Et ita Cassius scripsit. Aliter si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes. Et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.*“

3) *Fr.* 55. §. 1. *D. c.* 29. *C. h. t.*

4) *Fr.* 39. *D.* 7, 1. *c.* 9. *C.* 12, 41.

den Locator und seine Erben, vom Conductor und dessen Erben mit der *actio conducti* durchgesetzt.

§. 257.

2) Verbindlichkeiten des Miethers.

Der Miether auf der andern Seite muſs 1) **während der Miethzeit** die gehörige Sorgfalt auf die Bewahrung der Sache verwenden [1]), die gemiethete Sache gehörig benutzen und zur bestimmten Zeit das ganze Miethgeld entrichten [2]); 2) **nach geendigter Miethzeit** muſs der Conductor die gemiethete Sache mit allen Accessionen, in derselben Beschaffenheit, wie er sie erhalten hat, restituiren, er müſste denn wegen der gehabten Unkosten ein Retentionsrecht ausüben wollen [3]). Diese Verbindlichkeiten des Miethers werden vom Vermiether und dessen Erben mit der *actio locati* durchgesetzt.

§. 258.

B) Bei der Miethe von Diensten.

Im Ganzen sind hier dieselben Grundsätze anwendbar, wie bei der Miethe von Sachen. Der Vermiether der Dienste ist schuldig, entweder die Dienstleistungen selbst,

---

1) Für den zufälligen Schaden braucht der Miether in der Regel nicht einzustehen. Vergl. jedoch *Fr.* 3. *D.* 19, 2.

2) Die Ausflucht, daſs er die gemiethete Sache nicht gebraucht habe, oder daſs er vor Ablauf der Miethzeit ausgezogen sey, kann ihn von dieser Verbindlichkeit nicht befreien. *Fr.* 13. §. 7. *Fr.* 27. §. 1. *Fr.* 55. §. 2. *D. h. t.* Ueber die Fälle, wo dem Conductor das Miethgeld ganz oder zum Theil erlassen wird, s. mein Recht der Forder. S. 148.

3) *c.* 29. *C. h. t.* — Nicht einmal die Einrede des Eigenthumes kann, wenn sie nicht sogleich liquid ist, den Miethsmann von der Verbindlichkeit der Restitution befreien. *c.* 25. *C. eod.*

oder das Interesse: der Miether das verabredete Miethgeld dafür zu entrichten. Ist der Miether selbst Schuld an der Nichterfüllung des Contractes, so mufs er natürlich den ganzen verabredeten Lohn entrichten, vorzüglich wenn der Vermiether dadurch verhindert wurde, seine Dienste einem Andern zu vermiethen. Bei einem zufälligen Hindernifs aber kommt es darauf an, ob sich dasselbe in der Person des Vermiethers oder des Miethers ereignet hat [1]). Wenn zum Behuf der Dienstleistung eine Sache dergestalt gegeben wurde, dafs eine andere daraus verfertigte zurückgegeben werden sollte, so geht auch die Gefahr auf den *locator operarum* über; es wird so angesehen, als ob ihm die gegebene Sache blofs geborgt sey [2]). Liefert der Arbeiter selbst den Stoff, so ist keine Miethe von Diensten, sondern ein Kauf- oder Innominatcontract vorhanden [3]). — Bei der *locatio conductio operis* insonderheit ist in Hinsicht auf die Frage: wer die Gefahr des Werkes tragen müsse? zu unterscheiden, ob das Werk vor oder nach der Genehmigung des Locators (Bauherrn) untergegangen und in dem ersten Falle, wie das *Opus* verdungen worden ist [4]).

§. 269.

III) *Beendigung des Miethcontractes.*

Der Miethcontract wird aufgehoben: 1) wenn das Recht des Vermiethers an der vermietheten Sache auf-

1) *Fr.* 15. §. 6. *Fr.* 19. §. 9. *Fr.* 26. 38. *D. h. t.*

2) *Fr.* 31. *D. eod.* — — „*Respondit, rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annuli: ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore in creditum iri.*“

3) *Fr.* 2. §. 1. *D. h. t. Fr.* 65. *D.* 18, 1. *Fr* 20. *D. eod.*

4) *Fr* 36. 51. §. 1. *Fr.* 59. 62. *D. h.* Vergl. mein R. d. Forder. S. 153.

hört [1]; 2) wenn die im Vertrage bestimmte Zeit abgelaufen ist; 3) in gewissen Fällen endlich auch schon vor dem Ablauf der vertragsmäfsig bestimmten Zeit und zwar entweder so, dafs der ausgebotene Miethsmann nur allein den Erlafs des Miethgeldes für die künftige Zeit, oder so, dafs er auch selbst das Interesse verlangen kann. Das Erstere ist der Fall: *a*) wenn der Eigenthümer darthun kann, dafs er wegen eines unvorhergesehenen Umstandes die vermiethete Sache selbst nothwendig gebrauchen mufs [2]; *b*) wenn die vermiethete Sache einer nothwendigen Reparatur bedarf, wobei der Miether nicht wohnen bleiben kann [3]: *c*) wenn der Miethsmann die gemiethete Sache beträchtlich verdorben und ihren Werth vermindert hat; *d*) endlich wenn er zwei Jahre lang das Miethgeld schuldig geblieben ist [4]. — Das Letztere hingegen ist der Fall: *a*) wenn der Vermiether eine fremde Sache als seine eigene vermiethet hat und diese nun evincirt wird [5]; *b*) wenn die Frau nach aufgehobener Ehe den von ihrem Manne angenommenen Pachter ihres Dotalgrundstückes austreiben will [6]; *c*) wenn die vom Erblasser auf mehrere Jahre vermiethete Sache Jemanden legirt seyn sollte [7]; endlich *d*) wenn das Eigenthum der vermietheten Sache unter Lebenden aus einem besondern

---

1) *Fr.* 9. §. 1. *D. h. t. Fr.* 25. §. 4 *D.* 24, 3.

2) *c.* 3. *C.* 4, 65. „*Aede, quam te conductam habere dicis, si pecuniam domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet: nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es.*“

3) *c.* 3. *C. cit.* Vergl. jedoch *Fr.* 27. 33. *D. h. t.*

4) *Fr.* 54. §. 1. *Fr.* 56. *D. h. t.*

5) *Fr.* 9. §. 1. *Fr.* 15. 33. *D. h. t.*

6) *Fr.* 25. *in f. D.* 24, 3.

7) *Fr.* 32. *D. h. t. Fr.* 120. *in f. D.* 30.

Digitized by Google

Rechtsgrunde auf Jemanden übertragen wird, z. B. durch Kauf [8]). Es gilt die Paroemie: Kauf bricht Miethe.

§. 260.

Anhang: Von der *lex Rhodia de iactu.*

Dig. XIV, 2.

Durch das von der Insel Rhodus entlehnte berühmte Gesetz über den Seeauswurf (*de iactu mercium*) wurde verordnet, dafs Jeder, welcher auf der See, durch den Auswurf seiner Sachen, die im Schiffe befindlichen Sachen Anderer gerettet hat, eine verhältnifsmäfsige Entschädigung fordern kann [1]). Auf diese Verordnung des Rhodischen Gesetzes wandte man die Grundsätze von der *locatio conductio* dergestalt an, dafs die Eigenthümer der ausgeworfenen Sachen, gegen den Schiffer (*Magister navis*), dem sie die Sachen zum Fahren verdungen hatten, die *actio locati* anstellen konnten und dieser sodann berechtigt war, die Uebrigen, deren Sachen durch den Auswurf gerettet waren, *ex conducto* zu belangen, auf verhältnifsmäfsigen Ersatz des Schadens [2]).

---

8) c. 9. *C. h. t. Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prius dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur, aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto b. f. iudicio, ei quod placuit, parere cogitur. Fr.* 25. §. 1. *D. h. t.* — Ueber die Frage: ob durch den Concurs des Locators oder Conductors die Miethe aufhöre? s. mein Recht der Forder. S. 157.

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Lege Rhodia cavetur; ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.*“ (Ueber die näheren Voraussetzungen und über die bei der Vertheilung eintretenden Grundsätze u. s. w. s. mein R. d. Forder. S. 159.

2) *Fr.* 2. *pr. D. h. t.* Eben weil bei den Römern die aus dem Miethvertrage entspringenden Klagen hier eine besondere

Digitized by Google

Dritter Absatz.
Von der Bevollmächtigung.

Inst. III, 27. *Dig.* XVII, 1. *Cod.* IV, 35.
Donellus *Libr.* XIII. *c.* 10 — 14. *Libr.* XVI. *c.* 23.

§. 261.
I) *Begriff und wesentliche Erfordernisse.*

Bevollmächtigung (*mandatum*) ist der Consensualvertrag, wodurch Jemand fremde ihm übertragene Geschäfte unentgeltlich auszuführen übernimmt [1]), Derjenige, welcher das Geschäft überträgt, heifst *mandans* oder *mandator*, der, welcher es übernimmt, *mandatarius*. Die blosse Empfehlung ist nicht hinreichend [2]), sondern es mufs ein Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend [3]) übertragen seyn; dieses aber darf die Schranken der Ehrbarkeit

Anwendung fanden, ist die Lehre (wie auch Hofacker *in princ.* §. 1994. gethan hat) hier erwähnt worden. Heut zu Tage aber wird den Eigenthümern der beschädigten Sachen geradezu eine Entschädigungsklage gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen gestattet und in so fern kann die Lehre von der *L. Rh. de iactu* mit Thibaut §. 982. zu den Oblig. *ex variis causar. figuris* gezählt werden.

1) Die nachfolgende Genehmigung (*ratihabitio*) eines übernommenen Geschäftes wird in ihren Wirkungen ganz dem vorhergegangenen Auftrage gleich geachtet. *Fr.* 12. §. 4. *D.* 46, 3. „— — *ratihabitio mandato comparatur.*“ Ueber die Frage, ob bei erfolgter Genehmigung *actio mandati* oder *negotiorum gestorum* anzustellen sey? vgl. Thibaut in den Versuchen II, 10.

2) Vergl. *Fr.* 12. §. 12. *D. h. t.*

3) *Fr.* 60. *D.* 50, 17. *Fr.* 6. §. 2. *Fr.* 18. 32. *D. h. t.*

Digitized by Google

nicht überschreiten [2]) und es mufs dem Mandanten selbst, oder einem Dritten, entweder zugleich oder nicht zugleich, aber nicht blofs und allein den Beauftragten selbst, betreffen [3]). Wird das Geschäft nicht unentgeltlich übernommen, so entsteht ein Miethvertrag, oder ein Innominatcontract [4]). Ein Honorar kann inzwischen gültig versprochen und eben so nach beendigtem Geschäft ein gültiges Geschenk ohne Zweifel gemacht werden [7]).

§. 262.

II) *Wirkungen.*

A) In Hinsicht auf den Mandatar.

Der Mandatar mufs 1) das übernommene Geschäft, und zwar in der Regel selbst [1]), zu Ende bringen, widrigen Falls findet, wenn der Mandant wirklich bei der Ausführung des Mandates interessirt war, eine Klage auf das Interesse Statt [2]); 2) er mufs Alles in gutem Glauben herausgeben, was er bei Gelegenheit des Mandates, wenn auch gegen die Vorschrift des Mandanten, erhalten hat [3])

---

4) §. 7. *I. Fr.* 6. §. 3. *Fr.* 22. §. 6. *D. h. t.*

5) *Fr.* §. 1—6. *I. Fr.* 2. *pr. D. h. t.* „*Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quod si tua tantum gratia mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.*“

6) *Fr.* 1. §. 4. *D.* §. 13. *I. h. t.*

7) *Fr.* 6. *pr. D. h. t.* „*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*“ *Fr* 7. *D. e* 1. *C. eod.*

1) Ueber das Verhältnifs der Substitution: *Fr.* 8. §. 3. *D. h. t. Fr* 21. §. 3. *D.* 3, 5.

2) *Fr.* 8. §. 6. *Fr.* 27. §. 2. *D h. t.* Die Klage fällt natürlich weg, wenn dem Mandatar keine Schuld zur Last fällt, oder wenn er zeitig dem Auftrage entsagt hat.

3) Vergl. *Fr.* 10. §. 8. *D. h. t.*

Digitized by Google

und zu dem Ende Rechnung ablegen [4]); 3) er mufs für jeden Grad der Culpa einstehen [5]). — Die Verbindlichkeiten des Mandatars werden mit der *actio mandati directa* durchgesetzt, welche Infamie zur Folge hat, wenn der Mandatar wegen Untreue verurtheilt werden sollte [6]).

§ 263.

B) In Hinsicht auf den Mandanten.

Der Mandant mufs seinem Mandatar nach geendigtem Geschäfte nicht nur dasjenige ersetzen, was er von dem Seinigen zur Vollbringung des Mandates verwendet hat, sondern ihn auch von einer des Mandates wegen etwa übernommenen Verbindlichkeit befreien [1]). Die Entschädigung fällt jedoch überhaupt weg, wenn der Auftrag mehr als ein guter Rath zu betrachten ist; es müfste denn eine betrügerische Absicht zum Grunde liegen [2]). Ausserdem findet aber auch die erwähnte Entschädigung nur allein Statt: 1) wenn das Geschäft nach den vorge-

---

4) *Fr.* 20. *D. h. t.* „*Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.*“

5) *c.* 13. 21. *in f. C h. t.* vgl. §. 244. Not. 8. — Mehrere Mandatarien sind *in solidum* verpflichtet. *Fr.* 60. §. 2. *D. h. t.*

6) *c.* 21. *C. h. t. Fr.* 1. *D.* 3, 2.

1) *Fr.* 20. 26. §. 2. *D. h. t.* „*Qui mandatum suscepit, nec damnum pati debet.*“ — Auch die Zinsen des verwendeten Geldes müssen wieder erstattet werden; *c.* 1. *C. h. t.*

2) *Fr.* 47. *D.* 50, 17. „*Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit*“ §. 6. *I. h. t.* „*Cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium.*“ *Fr.* 2. §. 6. *D. eod.* Ueber das *Fr.* 6. §. 5. *D. h. t.* vgl. Thibaut Versuche II, 8. dagegen Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. 1. §. 605.

Digitized by Google

schriebenen Grenzen beendigt [3]), oder der Mandatar durch einen Zufall an der Beendigung verhindert worden ist; 2) wenn der Mandatar durch das Mandat selbst Schaden oder Unkosten gehabt hat, nicht durch einen zufälligen äussern Umstand [4]). — Was die Befreiung von der des Mandates wegen übernommenen Verbindlichkeit betrifft, so entsteht hier namentlich die Frage: wann der Bürge befugt sey, die *actio mandati* gegen den Schuldner, für welchen er sich verbürgt hat, auf Befreiung von seiner Bürgschaft anzustellen? in der Regel erst nach wirklich erfolgter Zahlung, oder sonstiger Befriedigung des Gläubigers [5]); doch giebt es Ausnahmen, deren Grund entweder in der Person des Bürgen [6]), oder des Schuldners liegt [7]). — Auf die Erfüllung der dem Mandanten obliegenden Verbindlichkeiten geht die *actio mandati contraria* [8]).

---

3) *Fr.* 5 *D. h. t.* „*Diligenter fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur.*“ Vergl. jedoch *Fr.* 3. §. 2. *Fr.* 4. *D. h. t.*

4) *Fr.* 26. §. 6. *D. c.* 4. *C. h. t.* — Darauf, dafs der Mandant, wenn er selbst gehandelt hätte, weniger würde verwendet haben, kommt es nicht an. *Fr.* 27. §. 4. *D. h. t.* „*nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.*“

5) *Fr.* 38. §. 1. *D. c.* 10. *C. h. t.* vergl. *Fr.* 47. *D.* 12, 6.

6) *Fr.* 45. § 4. *D. c.* 10. *C. h. t.* vergl. *Fr.* 23. *D.* 30, 17.

7) *Fr* 23. 38. *D. h. t.*

8) Auch diese Klage soll Ausnahmsweise Infamie zur Folge haben, so fern sie auf eine wirklich arglistige Handlung des Gewaltgebers gegründet ist. *Fr.* 6. §. 5 *D* 3, 2. Der §. 7. desselben Fragments ist nicht blofs mit Thibaut von der *actio tutelae contraria* zu verstehen, denn auch die *a. mandati contraria* infamirt gewöhnlich nicht. s. §. 2. J. 4, 16.

Digitized by Google

§. 264.

III) *Beendigung.*

Das Mandat wird aus einem besondern Grunde aufgehoben: 1) durch den natürlichen und bürgerlichen Tod sowohl des Mandanten als des Mandatars; wenn jedoch der Letztere, ohne von dem Tode seines Mandanten etwas zu wissen, das angefangene Geschäft vollendet hat, so ist das Geschehene gültig [1]; eben so wenn die Erben des Mandatars das von ihrem Erblasser angefangene Geschäft in gutem Glauben als das ihrige zu Ende gebracht haben [2]. 2) Durch den einseitigen Willen der Contrahenten, d. i. von Seiten des Gewaltgebers durch einen zur gehörigen Zeit (*re adhuc integra*) erfolgten ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerruf [3]; von Seiten des Bevollmächtigten durch zeitige Aufkündigung [4].

§. 265.

Anhang: Von der *actio exercitoria* und *institoria*.

Dig. XIV, 1. 3. *Cod.* IV, 25.

Donellus *Libr.* XV. *c.* 49. Thibaut §. 869—877.

So oft der Mandant und Mandatar mit dritten Personen in Rechtsverhältnisse kommen, werden im Ganzen dieselben Grundsätze angewendet, welche bei der *actio exercitoria* und *institoria* vorgeschrieben sind. Es ist demnach hier ein schicklicher Ort, von diesen beiden Klagen zu reden. 1) Die *a. exercitoria* wird von demje-

---

1) §. 10. *I. h. t.* 2) *Fr.* 57. *D. h. t.*

3) §. 9. *I. Fr.* 15. *D. eod.* Ein stillschweigender Widerruf folgt aus der spätern Beauftragung eines Andern.

4) §. 11. *I. Fr.* 22. §. 10. *Fr.* 23—25. *D. eod.*

1) Die hier befolgte Ansicht Thibaut's scheint, wenn man die s. g. *Actiones adiectitiae qualitatis* nicht abgesondert dar-

Digitized by Google

nigen angestellt, welcher mit dem *magister navis* (Setzschiffer, Schiffsverwalter) [2]) contrahirt hat, und sie findet gegen den *exercitor navis* (Schiffspatron oder Rheder) [3]) Statt, auf Erfüllung der mit dem Schiffer eingegangenen obligatorischen Verhältnisse. Eben so wird die *a. institoria* wider den *praeponens* (Handelsherrn) gerichtet, wenn Jemand mit dem *institor* (Handelsvorsteher, Factor) ein verbindliches Geschäft contrahirt hat [4]). — So wie nun der *exercitor* und *magister navis*, der *praeponens* und *institor* rechtlich als eine Person betrachtet werden, ist dieses auch bei dem Mandanten und Mandatar im Verhältnifs zu dritten Personen der Fall.

Vierter Absatz.
Von der Gesellschaft.

Inst. III, 25 (26). *Dig.* XVII, 2. *Cod.* IV, 37. Donellus *Libr.* XIII. *c.* 15—17.

---

§ 266.
I) *Begriff, Erfordernisse und Eintheilungen.*

Unter Gesellschaft (*societas*) verstehen wir eine von zwei oder mehrern Personen über das Eigenthum oder

---

stellen will, am zweckmäfsigsten zu seyn. Doneau bringt diese Lehre in eine zu gekünstelte Verbindung.

2) *Fr.* 1. §. 1. *D.* 14, 1. „*Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.*“

3) *Fr.* 1. §. 15. *D. eod.* „*Exercitorem — eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino per aversionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum.*“

4) Die näheren Grundsätze über diese Klagen s. in meinem R. der Forder. §. 85. 86.

Digitized by Google

den Gebrauch ihrer Sachen, oder über ihre Arbeiten des gemeinschaftlichen Gewinnes wegen eingegangene freiwillige Verbindung. Die wesentlichen Erfordernisse dabei sind folgende: 1) es mufs von beiden Seiten etwas dazu beigetragen werden [1]; 2) die Gemeinschaft darf nicht zufällig seyn, sondern sie mufs auf Einwilligung beruhen [2], einerlei wie dieselbe erklärt wird [3]; 3) die Gemeinschaft mufs einen ehrbaren, auf den gemeinsamen Vortheil gerichteten Zweck haben [4]. — Nimmt man auf den Zweck der Gesellschaft Rücksicht, so wird dieselbe entweder des gemeinschaftlichen Erwerbes wegen eingegangen, oder nicht (*societas quaestuaria* und *simplex*). Hinsichtlich des beizutragenden Gegenstandes ist sie entweder eine allgemeine oder besondere (*s. universalis* und *particularis*), je nachdem das ganze Vermögen, oder nur ein Theil desselben beigetragen wird; hinsichtlich des zu erwerbenden Gegenstandes endlich kann sie entweder auf allen Erwerb gerichtet seyn, oder nur auf einen besondern oder einzelnen Erwerb (*s. generalis* und *specialis*).

---

1) *Fr.* 5. *in f. D. h. t.* „*Donationis causa societas recte non contrahitur.*“ Die Beiträge selbst können, nachdem es verabredet ist, gleich oder ungleich, von derselben oder von verschiedener Art seyn, in Sachen, Geld oder Dienstleistungen bestehen. *Fr.* 5. §. 1. *D. eod. c.* 1. *C.* 4, 37.

2) Ueber den Unterschied von der zufälligen Gemeinschaft (*communio incidens*) s. *Fr.* 31. *D. eod.*

3) *Fr.* 4. *pr. D. h. t.* Beispiele eines stillschweigenden Consenses: *Fr.* 52. §. 6. *D. c.* 2. *C. h. t.*; eines bedingten; *Fr.* 1. 6. 76. *D. eod.*

4) *Fr* 57. *D. h. t.* „*Rerum inhonestarum nulla est societas.*“

§. 267.

II) *Wirkungen.*

A) Unter den Gesellschaftern selbst.

1) In Hinsicht auf den Gegenstand des Contractes.

Was den Gegenstand des Contractes betrifft, so gilt 1) bei der allgemeinen Gesellschaft des gesammten Vermögens der Grundsatz: dafs Alles ohne Unterschied, es mag gegenwärtig oder künftig seyn, gemeinschaftlich wird [1]; 2) bei der schlechthin des Erwerbes wegen eingegangenen Gesellschaft wird blofs dasjenige als gemeinschaftlich angesehen (conferirt), was durch die Arbeit und den Erwerb (*ex quaestu et opera cuiusque*), nicht was durch einen zufälligen äussern Vortheil (*alieno beneficio*) erworben ist [2]; 3) bei der über ein einzelnes Geschäft eingegangenen Gesellschaft endlich blofs der Gewinn und Nachtheil aus demselben [3]. — Sollten auf der einen Seite Sachen, auf der andern Dienstleistungen beigetragen werden, so wird im Zweifel angenommen, dafs die letztern nicht dem von dem Andern geleisteten Capital, sondern nur den Zinsen desselben entsprechen.

§. 268.

2) In Hinsicht auf die erlangten oder zu erlangenden Vortheile.

Was die Vortheile betrifft, welche aus der Gesellschaft wirklich erlangt sind, oder doch hätten erlangt werden können, so gelten darüber folgende Grundsätze:

---

1) *Fr.* 1. §. 1. *Fr.* 3. §. 1. *Fr* 73. *D. h. t.* Bei dem gegenwärtigen Vermögen wird eine stillschweigende Uebergabe angenommen (*Fr.* 2. *D. eod.*); das künftige aber mufs, so bald es erworben ist, zur Gesellschaft conferirt (*Fr.* 73. *D. eod.*) und die Klagen wegen ausstehender Schulden müssen wechselseitig abgetreten werden. (*Fr.* 3. *pr. D. eod.*)

2) *Fr.* 7 — 13. *D. h. t.* 3) *Fr.* 52. §. 5. *D. eod.*

Digitized by Google

1) Alles, was ein Gesellschafter aus der Gesellschaft erworben hat und besitzt (insbesondere die percipirten Früchte und eingetriebenen Schulden), mufs conferirt werden [1]; 2) Alles, was noch nicht erworben ist, aber von einem Gesellschafter nach geendigtem Contract wahrscheinlich erworben werden kann, mufs dem andern Gesellschafter oder den übrigen durch Caution erhalten werden (*cautio de lucro pendente*) [2] 3) ein jeder durch *culpa lata* oder *levis in concreto* (s. §. 244. Not. 11.) eines Gesellschafters an den Societätssachen bewirkte Schade mufs vergütet [3], endlich 4) Alles was durch die Schuld eines Gesellschafters nicht erworben ist (*lucrum cessans*), mufs ersetzt werden [4].

§. 269.

3) In Hinsicht auf die Vergütung des Schadens und der Unkosten.

Die Unkosten und der Schaden, welche ein Gesellschafter der Gesellschaft wegen entweder schon gehabt hat, oder wahrscheinlich noch haben wird, müssen ersetzt und wegen des künftigen Schadens insonderheit kann eine Caution verlangt werden (*cautio de damno futuro*) [1]. Bei der allgemeinen Gesellschaft des gesammten Vermögens wird Alles, was ein Socius nothwendig hat leisten müssen — namentlich alle vor oder nach Eingehung der Gesellschaft gemachten Schulden, eben so die zur Alimentation oder Ausstattung der Kinder verwendeten Summen [2] — aus der gemeinschaftlichen Casse bezahlt; nicht aber in der Regel dasjenige, was er nicht nöthig hatte

1) *Fr.* 38. §. 1. *D. h. t.* 2) *Fr.* 38. *pr. D. eod.*
3) *Fr.* 52. §. 2. *Fr.* 72. *D.* §. 9. *I. h. t.*
4) *Fr.* 25. §. 1. *Fr.* 25. 72. *D.* §. 9. *I. eod.*
1) *Fr.* 27. 67. *pr. D. h. t.* 2) *Fr.* 73. §. 1. *D. eod.*

Digitized by Google

zu leisten, und eben so wenig das wegen einer schändlichen oder ungerechten Handlung Geleistete [3]).

§. 270.

4) In Hinsicht auf die Vertheilung des Gewinnes und Nachtheiles

Die Vertheilung des aus der Gesellschaft überhaupt entsprungenen Vortheiles und Schadens ist entweder durch einen hinzugefügten Vertrag bestimmt, oder nicht. In dem ersten Falle ist natürlich der Vertrag zu befolgen, sollte auch, aus einem gerechten Grunde, eine ungleiche Vertheilung, entweder an und für sich, oder nach Verhältnifs des Eingebrachten, verabredet seyn [1]). Der über die Vertheilung eingegangene Vertrag darf indessen nicht so beschaffen seyn, dafs Einer allen Vortheil erhält, der Andere aber allen Nachtheil tragen mufs (*societas leonina*) [2]), In dem andern Falle hingegen, wo nichts über

---

3) *Fr.* 57. 59. §. 1. *D. h. t.* „*Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus.*“

1) §. 2. *I. h. t.* Es kann selbst gültig verabredet werden, dafs ein Gesellschafter blofs an dem Vortheil und nicht auch an dem Schaden Theil nehmen solle. Vgl. *Fr.* 29 §. 1. *D. eod.* „*Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero eommune sit, Cassius putat. Quod ita demum valebit, — — si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*“

2) §. 1. 2. *I. Fr.* 29. §. 2. *D. h. t.* „*Aristo refert, Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare.* (vergl. Phädrus I, 5.) *Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum non etiam lucrum*

die Vertheilung verabredet ist, sind bei der allgemeinen Gesellschaft des ganzen gesammten Vermögens arithmetisch gleiche Theile anzunehmen, ohne dafs auf das Eingebrachte eines Jeden Rücksicht genommen wird [3]; bei der schlechthin eingegangenen und besonderen Gesellschaft aber wird eine geometrisch gleiche Vertheilung befolgt und das Verhältnifs des Eingebrachten allerdings berücksichtigt [4]. — Alle bisher dargestellten Rechte und Verbindlichkeiten aus der Societät werden mit der *Actio pro socio* durchgesetzt [5], wobei der erwiesene Dolus eines Gesellschafters und die darauf erfolgte Verurtheilung Infamie zur Folge hat, sonst aber die Wohlthat der Competenz Statt findet [6].

§. 271

B) Wirkungen der Gesellschaft in Hinsicht auf dritte Personen.

So lange die Gesellschaft dauert, werden alle Mitglieder derselben zwar rechtlich als eine Person betrachtet, und können in dieser Hinsicht sowohl Rechte erwerben, als sich verbindlich machen; ein Jeder von ihnen kann aber nur Theilweise belangt werden [1]. Sollte jedoch ein

---

crum spectet." (Wenn kein Dolus dabei zum Grunde liegt, gilt dieser Vertrag zwar nicht als Gesellschaft, wohl aber als Schenkung.)

3) Vergl. Voetius *ad Pand. h. t.* §. 27.

4) Hier gilt der Grundsatz: „*Partes lucri et damni constituendae sunt ratione collatorum.*" *Fr.* 29. 76. 80. *D. c.* 3. *C. h. t.*

5) Ueber den Unterschied derselben von der *actio communi dividundo* s. mein Recht der Forderungen S. 189.

6) *Fr.* 63. *D. h. t.*

1) Es tritt hier die Analogie des *Fr.* 4. *D.* 14, 1. ein: „*Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur, neque enim invicem sui magistri videntur.*"

Digitized by Google

Institor, seinem Auftrage gemäfs, im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, so tritt für die Gesellschafter selbst eine solidarische Verpflichtung ein [2]). Das einseitige Handeln eines Gesellschafters ohne Auftrag und Genehmigung der Gesellschaft ist für die Gesellschaft im Ganzen nicht anders berechtigend oder verpflichtend, als wenn eine allgemeine Gesellschaft des gesammten Vermögens zum Grunde liegt, oder eine nützliche Verwendung Statt gefunden hat [3]). — Im Verhältnifs zu einem Dritten findet natürlich die aus dem befragten Geschäft entspringende Klage, nicht aber die Gesellschaftsklage Statt.

§. 272.

III) *Beendigung der Gesellschaft.*

Die Gesellschaft wird 1) durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod, wenn auch nur Eines der Gesellschafter aufgehoben, es müfste denn etwas Anderes ausdrücklich verabredet seyn [1]); 2) durch eine ausdrücklich oder stillschweigend [2]), unmittelbar oder mittelbar (durch einen Procurator) geschehene Entsagung, welche auch selbst dann Statt findet, wenn das Gegentheil ausdrücklich verabredet seyn sollte [3]) und sowohl von allen, als auch nur

---

2) Vergl. *Fr.* 1. §. 25. *Fr.* 2. *D.* 14, 1. *Fr.* 5. 11. *D.* 14, 3.

3) *Fr.* 82. *D.* 17, 2. „*Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur: nisi in communem arcam pecuniae versae sint.*“

1) §. 5. 7. *I. Fr.* 4. §. 1. *Fr.* 52. §. 9. *Fr.* 59. *D. h. t.* (Die Societät als solche geht nicht auf die Erben über, wiewohl die aus ihr entspringenden Vortheile und Nachtheile auf dieselben übertragen werden.)

2) Vergl. *Fr.* 64. *D. h. t.*

3) *Fr.* 14. *D. eod.* — Sollte die Entsagung arglistig oder unzeitig erfolgen, so kann zwar der entsagende Gesellschafter die übrigen Gesellschafter von sich, aber sich nicht von den übrigen befreien. *Fr.* 17. §. 1. 2. *Fr.* 65. §. 3. 6. *D. h. t.*

Digitized by Google

von einem Gesellschafter erfolgen kann; 3) durch den Untergang der Gegenstände, worüber die Gesellschaft eingegangen ist, oder durch eine solche Veränderung, wodurch sie dem Privatverkehr entzogen werden [4]; 4) durch Beendigung der Geschäfte und Ablauf der Zeit, auf welche sie eingegangen ist [5]; endlich 5) durch die Abtretung des Vermögens eines der Gesellschafter an seine Gläubiger, oder durch Confiscation des Vermögens [6].

Fünfter Absatz.

Von gewissen sonstigen Verträgen, die durch blofse Einwilligung eine klagbare Forderung bewirken.

§. 273.

I) *Vertrag einer gegenwärtigen Schenkung und hypothekarischer Vertrag.*

Ausser den bisher dargestellten vier Consensualverträgen, welche schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechts (*ius gentium*) zu den durch blosse Einwilligung zu Stande gekommenen gerechnet werden (vergl. §. 233.), gehören noch einige andere durch das neuere Civilrecht, oder durch das prätorische Edict bestätigte Verträge hierher. — Was zunächst die durch das neuere Civilrecht bestätigten Verträge (*Pacta legitima*) betrifft, so gehört dahin: 1) der Vertrag einer gegenwärtigen Schenkung; dieser soll nemlich nach neuerm Rechte eine unmittelbar aus der gesetzlichen Vorschrift entspringende Klage (*condictio ex lege*) erzeugen, wenn er nicht mittelst einer Stipulation eingegangen worden

4) *Fr.* 63. §. 10. *D. eod.* 5) §. 6. *I. Fr.* 65. §. 6. *D. eod.*
6) §. 7. 8. *I. Fr.* 65. §. 1. *D. eod.*

Digitized by Google

ist [1]); der Schenker genieſst jedoch die ihm schon nach älterem Rechte zustehende Rechtswohlthat der Competenz [2]). 2) Der Emphyteutvertrag. K. Zeno hat diesen Vertrag, der von den alten Juristen bald als Miethe, bald als Kauf betrachtet wurde, zu einem selbstständigen Vertrage erhoben und die rechtliche Natur desselben bestimmt [3]). Auch dieser Vertrag soll auf blosser Einwilligung beruhen und nur des künftigen Beweises wegen ein schriftlicher Aufsatz erforderlich seyn.

§. 274.

II) *Hypothekarischer Vertrag und Constitutum.*

Zu den Consensualverträgen, die aus dem prätorischen Rechte noch hinzutreten (*Pacta praetoria*), gehört der hypothekarische Vertrag (*pactum hypothecae*) und das Constitutum. Der hypothekarische Vertrag begründet ein freiwilliges Pfandrecht (s. §. 205.) und zwar ohne Uebergabe der verpfändeten Sache. Es tritt dabei eine merkwürdige Ausnahme von der sonstigen Regel ein, dafs nur durch Uebergabe ein dingliches Recht aus einem Vertrage entstehen kann [1]). — Unter Constitutum [2])

---

1) *c.* 35. §. 5. *C.* 8, 54. §. 2. *I.* 2, 7. und die (nicht glossirte) *Nov.* 162. *c.* 1. — Der Vertrag künftig etwas schenken zu wollen, bringt nach den Grundsätzen des röm. Rechts keine klagbare Forderung hervor. Vgl. Donellus *in Comm.* XIII, 22. (Von der Schenkung als Erwerbart des Eigenthums ist bereits oben §. 139 fg. die Rede gewesen.)

2) *Fr.* 12. *D.* 39. 5. *Fr.* 49. 50. *D.* 42, 1.

3) *c.* 1. *C.* 4, 66. §. 3. *I.* 3, 25. Donellus XIII, 22.

1) *Fr.* 17. §. 2. *D.* 2, 14. „*De pignore iure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, ne petam.*“ *Fr.* 4. *D.* 20, 1.

2) *Dig.* XIII, 5. *Cod.* IV, 18. Donellus XIII, 21. (Der Titel sowohl in den Pandekten, als im Codex ist über-

Digitized by Google

ist der vom Prätor bestätigte Vertrag zu verstehen, wodurch Jemand ohne Stipulation dasjenige nochmals verspricht, was er selbst oder ein Anderer bereits schuldig ist. Dieser blosse Vertrag (*pactum nudum*) begründet gleichfalls eine klagbare Forderung, weil der Prätor es für billig hielt, dafs das Klagrecht, welches nicht durch die frühere aus einem Vertrage oder auf sonstige Art entstandene Forderung bewirkt werden konnte, wenigstens durch ein hinzukommendes nochmaliges Versprechen herbeigeführt würde. Wir müssen die wesentlichen Erfordernisse und Wirkungen dieses Vertrages etwas näher betrachten.

§. 275.

1) Wesentliche Erfordernisse des Constitutes.

Die wesentlichen Erfordernisse des Constitutes beziehen sich 1) auf die dabei vorkommenden Subjecte: ein Jeder kann nemlich constituiren, der sich gültig verbinden kann [1]) und es wird entweder dem Gläubiger selbst constituirt, oder mit dessen Willen einem Andern [2]); 2) auf den Gegenstand: eine jede vorhandene Schuld kann constituirt werden, sie mag eine natürliche oder bürgerliche [3]), eine eigene oder fremde seyn (*constitutum*

---

schrieben: *de constituta pecunia. Constituere* ist gleichbedeutend mit *firmare stabilire* und *pecunia* heifst bekanntlich Alles, was zum Vermögen gehört. *Fr.* 5. *pr.* *Fr.* 178. *D.* 50, 16.)

1) Vergl. jedoch *Fr.* 1. §. 1. *D. h. t.* „*Ait Praetor: qui pecuniam debitam constituit. Qui sic accipiendum est, quaeve: nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.*“ *Fr.* 5. §. 4. *D. eod.* „*Sed si quis constituerit, alium soluturum, non se pro alio, non tenebitur.*“

2) *Fr.* 5. §. 2. 6. *D. eod.*

3) Es darf jedoch keine *obl. civilis inefficax* oder *iure reprobata* seyn. *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Digitized by Google

debiti proprii und *alieni*); 3) auf die Form: der bloſse Vertrag, das bloſse wiederholte Versprechen ist hinreichend, einerlei, auf welche Art die Einwilligung erklärt ist, sowohl unter Gegenwärtigen als Abwesenden, sowohl schriftlich als mündlich, endlich sowohl unbedingt als bedingt und unter einer gewissen Zeitbestimmung [4]). Sollte die vorhergehende Verbindlichkeit durch Bedingung aufgeschoben seyn, so kann auch aus dem Constitut nicht eher, als bis die derselben hinzugefügte Bedingung eingetreten ist, geklagt werden [5]).

§. 276.

2) Wirkungen des Constitutes.

Die Wirkungen 1) des *const. debiti proprii* bestehen darin, daſs dasselbe als solches zwar keine privative Novation enthält [1]), aber, sofern es gültig ist, eine besondere prätorische Klage, die *actio de constituta pecunia* begründet [2]). Durch diese Klage wird der doppelte Vortheil gewährt, daſs nicht nur der Gegenstand einer natürlichen Forderung nunmehr eingeklagt (vergl. §. 46.), sondern auch, wenn die frühere Forderung von einer gewissen Zeit abhieng, oder an einem gewissen Orte erfüllt werden sollte, dieselbe vermöge des Constitutes vor oder nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, oder an einem andern Orte erlangt werden kann [3]). Sobald jedoch die erste

4) §. 9. *I.* 4, 6. *Fr.* 14. §. 3. *D. h. t.*

5) *Fr.* 3. §. 2. *Fr.* 4. 19. *D. h. t.* „*Id quod sub conditione debetur, sive pure, sive sub certo die constituatur, eadem conditione suspenditur: ut existente conditione teneatur; deficiente utraque actio depereat.*“

1) *Fr.* 11. §. 1. *Fr.* 28. 30. *D. h. t.*

2) Ueber die im *Fr.* 16. §. 2. *D. eod.* enthaltenen Modificationen der Klage vergl. Voorda *Interpr. c.* 16.

3) *Fr.* 3. §. 2. *Fr.* 5, 18. §. 1. *D. h. t.*

Digitized by Google

Forderung durch Zahlung u. s. w. getilgt worden ist, verliert natürlich auch das Constitut seine Wirkung. 2) Das *constitutum debiti alieni* auf der andern Seite, welches gleichfalls die *actio de constituta pecunia* erzeugt, ist zwar eine Art der Intercession, aber nicht auf den engen Begriff der Sicherheit, wie die Bürgschaft beschränkt [4]) und unterscheidet sich auch darin wesentlich von derselben, dafs es keine blofs subsidiarische Intercession ausmacht [5]). Bei mehreren Constituenten ist übrigens die Einrede der Theilung nicht ausgeschlossen [6]).

§. 277.

Anhang; Vom Spiel und der Wette.

Dig. XI, 5. *Cod.* III, 43.

Da auch das Spiel und die Wette, in den Fällen wo sie erlaubt und gültig sind, zu den auf blosser Einwilligung beruhenden Verträgen gerechnet werden müssen, so scheint hier eine passende Veranlassung zu seyn, auch darüber Einiges zu bemerken. — Spiel überhaupt ist der Vertrag, wodurch ein Theil dem andern auf den eintretenden Fall eines ungewissen Umstandes etwas verspricht. Bei dem Spiel im engern Sinne mufs der ungewisse Umstand von dem Spieler selbst wirklich gemacht werden, bei der Wette aber derselbe nur überhaupt in Erfüllung gehen [1]). — Alle Spiele, welche nicht zur

---

4) Auch hier können die Nebenbestimmungen verändert werden, wenn nur der Gegenstand der Forderung nicht vergröfsert wird. *Fr.* 11. §. 1. *Fr.* 12. 19. *D. h. t.* Eine bedingte Schuld kann nicht unbedingt, wohl aber eine unbedingte bedingt constituirt werden. *Fr.* 19. §. 1. *D. h. t.*

5) *Fr.* 3. §. 2. *Fr.* 4. 5. *pr. Fr.* 16. §. 1. *D. h. t.*

6) *c.* 3. *C. h. t. Nov.* 4. *c.* 1.

1) Man könnte die Begriffe auch so bestimmen; dafs beim Spiel der Spieler seine Absicht gegen die seines Gegners

Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muthes abzwecken, sind durchaus verboten [2]). Ausser mehrern sonst angedroheten Strafen, sollen die Spieler das im Spiel gewonnene Geld nicht einklagen und eine Spielschuld auf keine Weise, so wenig durch Bürgen als durch Pfänder, verstärkt werden können. Wenn das im Spiel verlorne Geld bereits bezahlt ist, so kann es von dem, der es verloren hat und dessen Erben, ja selbst vom Fiscus und Jedem aus dem Volke zurückgefordert werden, und die defshalb zustehende Klage soll erst nach funfzig Jahren erlöschen (*condictio lusu perditi* s. §. 59.) [3]). — Bei den erlaubten Spielen auf der andern Seite konnte zwar auch über Geld gespielt werden, jedoch fanden auch hier gesetzliche Beschränkungen Statt [4]). — Die Wetten sind zwar im Allgemeinen erlaubt, werden sie aber über Spiele angestellt, so sind sie ganz nach den darüber geltenden Grundsätzen zu beurtheilen [5]). Der Gegenstand, worüber sie eingegangen werden, mufs beiden Theilen ungewifs seyn, es braucht aber nicht gerade ein künftiger Umstand zu seyn; eben so wenig ist es nöthig, dafs der auf die Wette gesetzte Gewinn von beiden Seiten gleich sey, wenn er nur nicht als unmäfsig erscheint.

---

durchsetzt, bei der Wette hingegen derjenige gewinnt, der über den Grund oder Ungrund einer Meinung Recht behält.

2) *Fr.* 2. §. 1. *D. h. t.* „*Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere: praeterquam si quis certet hasta, vel pilo iaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: quod virtutis causa fiat.*“ *c.* 1. 3. *C. eod.* Vgl. jedoch *Fr.* 4. *pr. D. h. t.* „*Quod in convivio vescendi causa ponitur in eam rem familiae ludere permittitur.*“ Martial. XIV, 18.

3) Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschriften vgl. vorzüglich Weber von d. natürl. Verbindl. §. 65. Note 1.

4) Vgl. z. B. *c.* 3. *v.* „*Sed nec permittimus*“ *C.* III, 43.

5) *Fr.* 3. *D. h. t.* *Fr.* 17. §. 5. *D.* 19, 5.

Ueberhaupt aber darf bei der Wette kein Betrug und keine gesuchte Zweideutigkeit zum Grunde liegen [6]).

Zweites Capitel.

Von den Realverträgen.

Erste Classe.

Verträge, die auf Rückgabe einer gegebenen Sache gerichtet sind.

§. 278.

I) *Fälle, wo die Verbindlichkeit zur Rückgabe schon im Grunde des Contracts selbst enthalten ist.*

A) Vom Mutuum oder Darlehn.

Inst. III, 15. *Dig.* XII, 1. *Cod.* IV, 1. 2. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 1.

1) Begriff und Erfordernisse.

Darlehn (*mutuum*, *res creditae*) [1]) ist der dingliche Vertrag, wodurch Jemanden eine vertretbare Sache unter der Bedingung eigenthümlich übergeben wird, dafs dem

6) Ueber die rechtliche Beurtheilung des Ausspielgeschäftes vergl. von Grolman Versuch einer Entwickelung der rechtl. Natur des Ausspielgeschäfts. Giessen 1797. 8. Joh. Christ. Lange die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. Erlangen 1818.

1) Der Ausdruck *creditum* oder *res creditae* bezieht sich überhaupt anf alle Contracte, wobei man sich auf fremden Glauben etwas wieder zu erhalten, verläfst, *Fr.* 1. *D. h. t.*; im engern Sinne aber wird darunter das Darlehn verstanden. *Fr.* 2. §. 1. *Fr.* 41. *D. eod.*

Digitized by Google

Gläubiger dereinst von derselben Gattung und Beschaffenheit eben so viel zurückgegeben werde [2]). Der Grund, weshalb nur vertretbare Sachen Gegenstände des Darlehns seyn können, ist der, weil nur bei diesen Sachen die Leistung der Gattung nach, der gegebenen Species gleich kommt [3]). Als bewirkende Ursache, oder als nothwendige Form, wird ferner hier, wie bei allen Realvertrsgen, Uebergabe zur Perfection des Geschäfts erfordert, einerlei wie dieselbe geschieht [4]). Die blosse Verabredung, man wolle ein Darlehn geben (*pactum de mutuo dando*), erzeugte bei den Römern keine klagbare Forderung. — Da durch die Uebergabe die als Darlehn gegebene Sache in das völlige Eigenthum des Empfängers übergehen soll [5]), so folgt, dafs nicht nur der Geber selbst Eigenthümer seyn und freie Verwaltung seines Vermögens haben [6]), sondern auch der Empfänger die Sache in der Absicht, das Eigenthum daran zu erwerben, annehmen müsse [7]).

2) Gewöhnlich nennt man den Empfänger (Borger) *Mutuarius* oder *mutuatarius*, den Geber *mutuans;* eigentlich sollte aber jener *mutuans*, dieser *mutuo dans* heifsen, da *mutuari* nicht ein Darlehn geben, sondern es sich geben lassen, bedeutet. s. Konopak Institut. §. 454. Note *a.*

3) Die Worte im *Fr.* 2. §. 1. *D. h. t.* „*quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie*“ werden leicht verständlich, wenn man mit Ant. Augustin. (*Emendationes* IV, 18.) *quia tam* oder *potius in genere etc.* liest.

4) Beispiele einer fingirten Uebergabe finden sich im *Fr.* 9. §. 9. *Fr.* 12. 15. *D. h. t.*

5) Ueber den darüber von Salmasius (Saumaise) und mehrern andern Gelehrten geführten Streit vergl. Meermani *thesaur. T.* III. *in praef.*

6) *Fr.* 2. §. 2. *D. h. t.* vergl. §. 2. *I.* 2, 8.

7) *Fr.* 18. *D. h. t.* Ueber die auf den Empfänger sich beziehenden besonderen gesetzlichen Verbote und Beschränkungen s. mein Recht der Forder. S. 212.

Digitized by Google

§. 279.

2) Wirkungen.

Aus dem durch die Uebergabe gehörig zu Stande gekommenen Vertrag entsteht nur eine einseitige Verpflichtung des Schuldners; dieser ist nemlich verpflichtet, eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als er bekommen hat, zurückzugeben, weil sonst, wenn nichts zurückgegeben würde, kein Darlehn, sondern eine Schenkung vorhanden wäre [1]). Der Vertrag weniger zu restituiren, ist gültig, nicht aber der, dafs mehr restituirt werde [2]). In Hinsicht auf die Qualität braucht in der Regel nicht der nemliche äussere Werth, den die als Darlehn gegebene Sache bei der Uebergabe hatte, wiedererstattet zu werden [3]); eine wichtige Ausnahme tritt jedoch beim Gelddarlehn aus dem Grunde ein, weil die Substanz und Güte der Münzen nicht in dem Stoffe, in dem Metall, als solchem, sondern lediglich in dem ihm beigelegten äussern Werthe besteht [4]). Um den bei der Rück-

1) In der Regel ist der Empfänger nur dem zur Restitution verpflichtet, mit welchem er über den Empfang contrahirte. Eine merkwürdige Ausnahme hiervon macht aber die erst in neuerer Zeit (von J. L. Conradi) so genannte *cond. Juventiana. Fr.* 32. *D. h. t.*

2) *Fr.* 11. §. 1. *D. h. t. Fr.* 17. *D.* 2, 14. „*re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*“ — Die Zinsen beruhen auf einem besondern Grunde.

3) *Fr.* 22. *D. h. t.*

4) *Fr.* 1. *D.* 18, 1. „*pecunia seu materia forma publica percussa, usum — non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.*“ Ebendaher ist es dem Schuldner auch erlaubt, das erhaltene Geldquantum in einer andern Gestalt, z. B. für Gold Silber, oder umgekehrt, wieder zu geben, wenn es nur eben so viel beträgt. *Fr.* 65. *D.* 45. 1. *Fr.* 99. *D.* 46. 3. — Ueber die besonderen Grundsätze, welche eintreten, wenn sich eine Veränderung des dem Gelde beigelegten Werthes zu-

Digitized by Google

gabe anzunehmenden Werth bestimmen zu können, mufs natürlich auf die Zeit des eingegangenen Contractes Rücksicht genommen werden. — Die aus dem Darlehn entspringende Verbindlichkeit wird mit der (*actio*) *condictio certi ex mutuo* durchgesetzt [5]). Die Klage wird, da das Darlehn ein Realcontract ist, nur allein durch die früher geschehene Uebergabe begründet; wenn daher diese vom Schuldner geläugnet wird, so fällt auch der Grund der Klage weg. Hieraus folgt, dafs die Klage aus dem Darlehn mit einer Einrede des nicht erhaltenen Gegenstandes (*exceptio non numeratae pecuniae*) entkräftet werden kann. Wird diese Einrede in der bestimmten Zeit von zwei Jahren vorgeschützt, so mufs der Gläubiger auf andere Art als aus dem Schuldscheine die geschehene Leistung beweisen. Nach Ablauf von zwei Jahren soll aber aus dem ungestört und in gutem Glauben besessenen Schuldschein ein so starker Beweis entstehen, dafs derselbe durch keinen directen Gegenbeweis entkräftet werden kann [6]).

§. 280.

B) Vom Leihcontract (*Commodatum*).

§. 2. *I.* III, 15. *Dig.* XIII, 6. *Cod.* IV, 23. Donellus *Libr.* XIV. *c.* 2. 3.

1) Begriff und Erfordernisse.

Leihcontract (*commodatum*) ist der dingliche Vertrag,

---

getragen hat, vergl. vorzüglich Glück im Commentar Th. XII. S. 82.

5) *Fr.* 9. *pr. D. h. t.* Die Klage wird auch geradezu *actio mutui* genannt: *c.* 5. *C.* 7, 35.

6) *c.* 10. 14. §. 2. 3. *C.* 4, 30. *T. T. I.* III, 22. Des Zusammenhanges wegen scheint die Lehre von der Beweiskraft einer ausgestellten Handschrift hierher und nicht unter die Rubrik de Literalcontractes zu gehören. (Ueber die bei Quittungen und bei dem Schein über den Empfang einer *dos* eintretenden Grundsätze s. mein Recht d. Forder. S. 217.)

Digitized by Google

wodurch Jemanden eine *res non fungibilis* [1]) zu einem bestimmten Gebrauche unentgeltlich überlassen wird, unter der Bedingung, dieselbe Sache demnächst zurückzugeben. Die blosse Verabredung, eine Sache leihen zu wollen, ist auch hier nicht hinreichend, sondern es wird eine wirkliche Uebergabe erfordert. Da jedoch die Sache nicht, wie beim Darlehn, eigenthümlich übergeben wird, so mufs der Gebrauch derselben unbeschadet der Substanz erfolgen. Ausserdem unterscheidet sich der Leihcontract durch die unentgeltliche Uebergabe von dem Miethund Innominatcontract [2]); durch den bestimmt vorgeschriebenen Gebrauch vom Precarium [3]).

§. 281.

2) Wirkungen [1]).

Die Wirkungen aus dem Vertrage bestehen darin, dafs 1) der Commodant das Recht hat, nach geendigtem Gebrauche die geliehene Sache mit allen Accessionen [2]) in einem unbeschädigten Zustande [3]) wieder zurück-

1) Ausnahmsweise können auch vertretbare Sachen Gegenstand des Commodates seyn: *Fr.* 3. §. 6. *Fr.* 4. *D. h. t.* vgl. Wieling *Lection.* I, 3.

2) §. 2. *in f. I.* III, 15. §. 1. *I.* III, 25. *Fr.* 22. *D.* 19, 5.

3) *Fr.* 17. §. 3. vergl. *Fr.* 1. 2. *D.* 43, 26. — Ueber den Unterschied vom Ususfruct und Usus s. mein Recht der Forder. S. 222.

1) Da diese Wirkungen beim Depositum und Pfandcontract im Ganzen dieselben sind, so können wir uns bei diesen zunächst folgenden Contracten stillschweigend darauf beziehen.

2) Vergl. *Fr.* 5. §. 9. *D.* 13, 6.

3) Der Commodatar haftet für jedes Versehen, ausgenommen wenn das Gegentheil verabredet oder das Commodat Ausnahmsweise blofs auf den Vortheil des Commodanten berechnet ist (§. 244). Für die durch ordnungsmäfsigen Gebrauch herbeigeführte Deterioration braucht der Commo-

Digitized by Google

zufordern; und 2) der Commodatar auf der andern Seite befugt ist, Schadloshaltung zu verlangen, wenn er durch die geliehene Sache Schaden gelitten, oder Unkosten darauf verwendet haben sollte. Der Schaden insonderheit kann entweder unmittelbar vom Commodanten herrühren, wenn er die Sache unzeitig, d. h. vor geendigtem Gebrauche zurückfordert [4]); oder unmittelbar vom Commodatar, wenn er den Werth der durch seine Schuld verloren gegangenen Sache geleistet und der Commodant sie in der Folge wieder erhalten hat [5]); oder endlich unmittelbar von der geliehenen Sache selbst, wenn dabei dem Commodanten Arglist oder grobe Schuld beigemessen werden kann [6]). Was die Unkosten betrifft, so ist der Commodatar nur alsdann berechtigt, einen Ersatz dafür zu verlangen, wenn sie nicht gewöhnlich zum Gebrauch und zur Erhaltung der geliehenen Sache verwendet werden mufsten und zugleich übermäfsig [7]) waren, oder wenn der Commodant den Ersatz besonders versprochen hat [8]). — Die Rechte des Commodanten werden von ihm

---

datar so wenig einzustehen, als für den zufälligen Schaden; der Commodatar müfste denn die Grenzen des ihm gestatteten Gebrauches überschritten haben. *Fr.* 5. §. 7. *Fr.* 18. *pr. D. h. t.* Bei gleichzeitiger Gefahr der eigenen und geliehenen Sachen müssen die geliehenen zuerst gerettet werden (§. 244. Note 11).

4) *Fr.* 17. §. 3. *D. h. t.*

5) *Fr.* 17. §. 5. *D. h. t. Fr.* 57. *D.* 50, 17. „*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.*

6) *Fr.* 18. *pr.* §. 3. *D. h. t.* „*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*“ *Fr.* 22. 23. *D. eod.*

7) Die mäfsigen Kosten werden mit dem gestatteten Gebrauche compensirt.

8) *Fr.* 18. §. 2. *D. h. t.* vergl. *Fr.* 15. §. 2. *Fr.* 59. *D.* 47, 2. — Auch durch Compensation und Retention kann der Commo-

Digitized by Google

und seinem Erben mit der *actio commodati directa*, die des Commodatars mit der *a. c. contraria* geltend gemacht,

§ 282.

C) Vom Verwahrungscontract (*Depositum*).

§. 3. *I.* III, 15. *Dig.* XVI, 3. *Cod.* IV, 34. Donellus *Libr.* XIV. *c.* 2. 3.

1) Begriff und Erfordernisse.

Verwahrungscontract, Niederlegung (*depositum*) ist der dingliche Vertrag, wodurch Jemanden eine Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung übergeben wird, unter der Bedingung, sie auf Verlangen zurückzugeben [1]). Alle Sachen können deponirt werden „*in quas custodiae notio cadere potest*", ob auch unbewegliche Sachen? ist bestritten [2]). Nach der richtigen Ansicht ist das *Dep. rei immobilis* wohl eigentlich nur als ein Mandat zu betrachten [3]). Die Niederlegung wird eingetheilt in freiwillige (*dep. simplex*), und nothwendige, d. i. durch eine drohende Gefahr veranlafste (*dep. miserabile*). Bei dem letzteren soll im Fall der widerrechtlichen Abläugnung die Strafe des Doppelten eintreten [4]). — Das Depositum einer Sache

---

datar Schadloshaltung erlangen. *Fr.* 18. *D. h.* vergl jedoch *c.* 4. *C. eod.* „*Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.*"

1) *Fr.* 1. *pr.* §. 8. *D. h. t.* „*Depositum est quod custodiendum alicui datur.*" §. 3. *I. cit.* — Der Empfänger heifst gewöhnlich *depositarius*, der Geber *deponens* oder *depositor*, doch wird auch der Letztere bisweilen *depositarius* genannt. Vergl. *Fr.* 1. §. 36. 37. *Fr.* 7. §. 3. *D. h. t.*

2) *Fr.* 5. §. 4. *D.* 19, 5. vergl. *Fr.* 3. *in f. D.* 41, 2. *Fr.* 11. *D.* 18, 6. Cocceji *ius civ. controversum* XVI, 3. *qu.* 3.

3) Bisweilen wird überhaupt für *deponere* der Ausdruck *commendare* gebraucht. *Fr.* 24. *D. h. t. Fr.* 186. *D.* 50, 16.

4) §. 17. *I.* 4, 6. *Fr.* 1. §. 1—4. *Fr.* 18. *D. h. t.* Jo. van de Water *Observ.* I. 2. Nach den zwölf Tafeln galt dieses allgemein bei jedem Depositum.

Digitized by Google

worüber ein Rechtsstreit entstanden ist, oder bevorsteht unter der Bedingung, dafs sie dem Sieger dereinst herausgegeben werde, wird *sequestrum* genannt [5]). Sollte endlich dem Depositar Ausnahmsweise der Gebrauch der deponirten Sache ausdrücklich oder stillschweigend gestattet seyn, so entsteht ein s. g. *depositum irregulare.* Das Eigenthum der Sache geht in diesem Falle, wenn die deponirte Sache eine vertretbare ist, auf den Depositar über und dieser ist gleichsam wie aus einem Darlehn gehalten; wenn aber die Sache nicht vertretbar ist, so artet das Geschäft in einen Mieth - oder Leihcontract aus [6]).

§. 283.

2) Wirkungen.

Die aus dem Depositum entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten ergeben sich leicht aus dem Begriffe. Der Depositar ist schuldig die deponirte Sache nicht nur unentgeltlich aufzubewahren, sondern sie auch, sobald der Deponent es fordert, auf dessen Kosten und an dem Orte, wo sie sich ohne Arglist des Depositars befindet, zurückzugeben [1]). Die Rückgabe darf unter keinerlei Vorwande verweigert [2]) und kann, auch wenn eine gewisse

5) *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 6. 7. *pr. Fr.* 17. *D. h. t. Fr.* 22. §. 8. *D.* 24, 3. *Fr.* 110. *D.* 50, 16. — In der Regel setzt das *sequestrum* einen Vertrag der streitenden Theile voraus; doch kann dasselbe aus einem gerechten Grunde auch vom Richter wider den Willen derselben erkannt werden.

6) *Fr.* 24. 25. §. 1. *Fr.* 25. §. 1. *Fr.* 27. *D. h. t. Fr.* 31. *D.* 19, 2. Die Gesetze sagen: „*egreditur ea res depositi notissimos terminos.*“

1) *Fr.* 12. *pr.* §. 1. *D. h. t.* „*Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest.*“

2) *c.* 11. *C. h. t. c.* 14. §. 1. *in f. C.* 4, 31. *Nov.* 88. *c.* 1. *Auth.* „*Sed iam cautum*“ *C. h. t.*

wisse Zeit verabredet seyn sollte, vor dem Ablaufe derselben, nach Belieben des Deponenten verlangt werden [5]). Uebrigens braucht der Depositar in der Regel nur für *dolus* und *culpa lata* einzustehen [4]). — Der Deponent auf der andern Seite ist verbunden, dem Depositar die nothwendig auf die deponirte Sache verwendeten Unkosten zu erstatten [5]). — Mehrere Deponenten haben zwar gewöhnlich nur eine getheilte Forderung, von jedem der mehrern Depositarien kann aber das Ganze so verlangt werden, dafs durch die Leistung des Einen, die Uebrigen befreiet werden [6]). (*actio depositi directa* und *contraria*).

§. 284.

D) Vom Pfandcontract.

§. 4. *I.* III, 15. *Dig.* XIII, 7. *Cod.* IV, 24. Donellus *Libr.* XIV. *c.* 2. 3.

1) Begriff und Erfordernisse.

Pfandcontract (*pignus*, *contractus pigneratitius*) ist der dingliche Vertrag, wodurch ein Schuldner seinem

3) *Fr.* 1. §. 22. 45. 46. *D. c.* 11. *C. h. t.*

4) §. 3. *I.* 3, 14. *Fr.* 1. §. 8—10. *Fr.* 5. 32. *D. h. t.* (vgl. §. 244. Note 8). Der vom Depositar begangene Betrug hat Infamie zur Folge und es tritt dabei Ersatz des vollen, durch den Schätzungseid des Deponenten zu bestimmenden Werthes ein. *Fr.* 1. 6. §. 6. *D.* 3, 2. *Fr.* 1. §. 26. *D. h. t. c.* 10. *C. eod.* (Ueber die rechtliche Natur des in der *c.* 9. *C.* 8, 14. bestimmten Zenonianischen Eides vergl. Glück im Commentar Th. XII. S. 473.)

5) *Fr.* 25. *D. h. t.* Wegen der nützlichen Unkosten kann der Depositar die *actio dep. contraria* nicht anstellen, wohl aber die *a. mandati* oder *negotior. gestorum*, *arg. c. un.* §. 5. *C.* 5, 13. van Eck *princ. h. t.* §. 33.

6) *Fr.* 1. §. 43. *D. h. t.* „*Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi potest; nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione sed solutione liberantur*“ etc.

Gläubiger eine Sache zur Sicherheit einer Forderung dergestalt übergiebt, dafs sie nach bezahlter Schuld wieder herausgegeben werde. Der Contract wird gleichfalls durch Uebergabe begründet und unterscheidet sich eben dadurch vom hypothekarischen Vertrage (§. 274). Nicht blofs der Schuldner selbst, sondern auch ein Anderer kann für ihn diesen Vertrag eingehen [1]) und der Zweck desselben ist blofs die durch den juristischen Besitz (s. §. 150. Note 4.) und durch die eventuell gestattete Veräusserung der verpfändeten Sache dem Gläubiger zu gewährende Sicherheit. Hieraus folgt, dafs der Schuldner nach wie vor Eigenthümer bleibt und daher auch den zufälligen Untergang tragen mufs, dafs hingegen der Pfandgläubiger in der Regel nicht befugt ist, die Sache zu gebrauchen [2]).

§. 285.

2) Wirkungen.

Die aus dem Pfandcontract entstehende Verbindlichkeit des Gläubigers, der zugleich als Schuldner hinsichtlich des zu restituirenden Pfandes in Betracht kommt, ist nicht nur auf vollständige Rückgabe der verpfändeten Sache nach getilgter *Oblig. principalis* gerichtet, sondern auch auf den Ersatz des durch jeden Grad der Culpa zugefügten Schadens [1]). Der Hauptschuldner und dessen Erbe stellt darauf die *actio pigneratitia directa* an. Nach einer

---

1) *Fr.* 2. *D.* 20, 3. *c.* 11. *C.* 8, 28.

2) Von dem *pactum antichreticum* ist oben im Pfandrechte (§. 209.) die Rede gewesen.

1) §. 4. *I. cit. Fr.* 13. §. 1. *D.* 13, 7. „*Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato; venit et custodia: vis maior non venit.*“ *c.* 19. *C.* 8, 14. *c.* 5. 6. 8. *C.* 4, 24. Der ganze so berühmt gewordene Streit der Civilisten, ob beim Pfandcontract *culpa levissima* geleistet werden müsse? fällt nach unserer obigen Theorie der Culpa von selbst weg.

Digitized by Google

merkwürdigen Verordnung K. Gordian's soll übrigens der Gläubiger auch wegen einer andern blofs chirographarischen Forderung ein Retentionsrecht an dem Pfande ausüben können [2]). — Die mit der *actio pigneratitia contraria* durchzusetzende Nebenverbindlichkeit des Hauptschuldners, der beim Pfandcontract, hinsichtlich des nach bezahlter Schuld zurückzugebenden Pfandes, zugleich als Gläubiger erscheint, ist, wie gewöhnlich, auf Entschädigung gerichtet, namentlich wenn der Gläubiger Unkosten gehabt hat [3]), oder durch Eviction, oder auf sonstige Weise Schaden leiden sollte [4]).

§. 286.

II) *Fälle, wo die Verbindlichkeit zur Rückgabe nicht in dem Grunde des Contractes selbst enthalten ist, sondern blofs aus der Absicht des Contrahenten gefolgert wird.*

A) Von der Rückgabe des wegen einer nicht vorhandenen Verbindlichkeit Gegebenen (*Repetitio ob causam datorum*).

Auch die Rückgabe des wegen einer nicht vorhandenen Forderung Gegebenen, die *Repetitio ob causam datorum* im Allgemeinen, gehört offenbar zu den Realverträgen, denn die Verbindlichkeit zur Rückgabe von Seiten des Empfängers ist ohne Zweifel durch die frühere Ueber-

2) *T. T. C.* VIII, 27. (*Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse.*) Vergl. *Fr.* 8. §. 5. *D.* 13, 7. *c.* 22. *C.* 4, 32.

3) Die nothwendigen Auslagen können unbedingt verlangt werden, *Fr.* 8. *pr. D. h. t.*; die nützlichen aber nur unter der Bestimmung: „*ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*“. *Fr.* 25. *in f. D. eod.* Zierende oder blofs zum Vergnügen gereichende Unkosten werden nicht ersetzt. *Fr.* 22. *in f. D. eod.*

4) *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 2. 9. 31. 32. *D. h. t.*

gabe begründet worden. Die Verbindlichkeit zur Rückgabe folgt aber doch nicht, wie bei den bisher dargestellten Fällen, schon aus dem Grunde des Contractes selbst, sondern sie kann blofs aus der rechtlichen und defshalb nothwendigen Absicht der Contrahenten hergeleitet werden. Es kommt, um diese Lehre vollständig darzustellen, Alles auf den Hauptunterschied an: ob entweder die Ursache, weshalb etwas gegeben wurde, schon erfüllt ist (*datum est aliquid ob causam praeteritam*); oder ob diese Ursache als künftig bevorstehend vorausgesetzt ist (*datum est aliquid ob causam futuram s. ob rem, ut aliquid sequatur*). In dem ersten Falle ist die Ursache entweder eine freiwillige oder nothwendige, in dem zweiten entweder eine ehrbare oder schändliche [1]).

§. 287.

1) Die Ursache wird als vergangen oder erfüllt vorausgesetzt, und zwar

a) als eine freiwillige Ursache.

Wenn etwas aus einer freiwilligen, schon als erfüllt vorausgesetzten Ursache gegeben ist, d. h. aus einer solchen, die keine Schuldigkeit zu geben mit sich brachte, so findet in der Regel keine Rückforderung des Gegebenen Statt, einerlei, die erwähnte Ursache mag wahr oder falsch gewesen seyn [1]). Eine Ausnahme findet nur

1) *Fr.* 1. *D.* 12, 5. „*Omne, quod datur, aut ob rem datur, aut ob causam: et ob rem, aut turpem aut honestam*“ *etc.* *Fr.* 52. *D.* 12, 6. „*Damus aut ob causam, aut ob rem. Ob causam, praeteritam: veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est: ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur: quo non sequente, repetitio competit.*“

1) *Fr.* 65. §. 8. *D.* 12, 6. vergl. *Fr.* 82. *D.* 50, 17. „*Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.*“

alsdann Statt, wenn die freiwillige Ursache bedingt ausgedruckt wurde; hier, aber nur hier allein, tritt der Grundsatz ein: *cessante caussa, cessat effectus* [2]).

§. 288.

b) Als eine nothwendige Ursache — *Condictio indebiti.*

Dig. XII, 8. *Cod.* IV, 5. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 11—16. — Io. Conr. Eugen. Franc. Rofshirt *Diss. de legitimo condictionis indebiti fundamento. Erlang.* 1818.

α) Begriff und Erfordernisse.

Wenn etwas aus einer nothwendigen Ursache geleistet, mit andern Worten, das Geleistete als Schuld bezahlt ist, so kann dasselbe nur, wenn die Ursache falsch, d. h. keine Schuld vorhanden war, zurückgefordert werden; es findet eine *condictio indebiti*, d. i. eine Klage auf Rückgabe der aus einem factischen Irrthume erfolgten Zahlung Statt [1]). Es wird hierbei 1) vorausgesetzt, dafs etwas als eine Schuld, also aus einer rechtlich nothwendigen Ursache, wirklich gegeben und geleistet seyn mufs, weil sonst kein dinglicher Vertrag zum Grunde liegen würde [2]); 2) die vermeintliche Schuld mufs eine Nichtschuld (*indebitum*) seyn, d. h. entweder eine

---

2) *Fr.* 32. *D.* 2, 14. vergl. *Fr.* 2. §. 7. *Fr.* 3. *D.* 39, 5.

1) Die Ausdrücke: Rückgabe und Zahlung sind hier auch von dem Falle zu verstehen, wenn Jemand aus einem Irrthume Verpflichtungen übernommen oder unterlassen hat und nun Befreiung oder Wiederherstellung verlangt. Vgl. *Fr.* 4. 10. *D.* 12, 4. *Fr.* 110. *D.* 50, 17. „*In eo quod plus sit, semper inest et minus.*“

2) Im §. 1. *I.* 3, 14. wird die *cond. indebiti* ausdrücklich mit den vier bekannten Realcontracten in Verbindung gesetzt, während sie §. 6. 7. *I.* 3, 28. als Quasicontract vorkommt.

Digitized by Google

gänzliche, sowohl natürliche als bürgerliche Nichtschuld [3]), oder eine nach strengem Civilrecht zwar begründete Schuld, die aber durch eine zum Vortheil des Beklagten gegebene beständige Einrede (*exceptio perpetua*) unwirksam gemacht werden kann [4]); 3) die als Schuld bezahlte Nichtschuld mufs aus einem Irrthume bezahlt seyn, denn ist die Zahlung wissentlich erfolgt, so ist eine Schenkung anzunehmen; endlich 4) wird ein Irrthum über Thatsachen, *error facti* (s. §. 65.) vorausgesetzt [5]).

§. 289.

β) Wirkungen.

Die Wirkung der bezahlten Nichtschuld besteht, wie gesagt, darin, dafs der Empfänger verpflichtet ist, sie wieder herauszugeben. Die Restitutionsverbindlichkeit ist aber hier offenbar nicht in dem Grunde des Contractes selbst enthalten, sondern wird blofs aus der vermutheten Absicht der Contrahenten gefolgert. Wer nemlich eine Nichtschuld bezahlt, hat ohne Zweifel die Absicht, eine wahre Schuld bezahlen zu wollen und bezahlt stillschweigend nur unter der Bedingung, dafs eine solche vorhanden sey; vom Empfänger hingegen mufs nothwendig vermuthet werden, dafs er eine fremde Sache nicht mit Unrecht habe annehmen wollen [1]). — Mit der erwähnten *condictio indebiti*, welche dem, der die Nichtschuld in

---

3) *Fr.* 26. §. 3. *Fr.* 54. *D. h. t.*

4) *Fr.* 26. *D. cit. Fr.* 40. *D. h. t.* vgl. jedoch *Fr.* 51. *D. eod.*

5) *c.* 10. 1, 18. „*Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.* Vgl. *Fr.* 3. *pr. D.* 14, 6. — Ob und inwiefern die *Cond.* auch *ob iuris errorem* Statt finden könne? ist bestritten.

1) *Fr.* 33. *D. h. t.* §. 6. *I.* 3, 28.

Digitized by Google

seinem Namen bezahlt hat, gegen den Empfänger [6]) ertheilt wird, kann nun die als Nichtschuld geleistete Sache mit ihren Accessionen, oder der Werth derselben, in der Regel [3]) zurückverlangt werden [4]).

§. 290.

2) Die Ursache wird als künftig bevorstehend vorausgesetzt, und ist

α) eine ehrbare Ursache — *Condictio causa data, causa non secuta.*

Dig. XII, 4. *Cod.* IV, 6. — Donellus *Libr.* XIV. c. 20 — 24.

Wenn etwas wegen einer künftigen ehrbaren Ursache gegeben ist, so tritt blofs dann eine Verbindlichkeit zur Restitution ein, wenn die Gegenleistung, weshalb gegeben wurde, in der Folge nicht erfüllt wird. Diese gleichfalls aus der Uebergabe entspringende Forderung wird mit der *condictio causa data, causa non secuta*, oder *ob causam dati* durchgesetzt. In der Regel hat also, bei nicht erfolgter Gegenleistung der Geber das vollkommene Recht, das Gegebene zurück zu verlangen, ohne Unterschied, ob die versprochene Gegenleistung noch erfüllt werden kann, oder nicht; es giebt aber von dieser Regel folgende wichtige Ausnahmen: 1) wenn die Gegenleistung, welche einzig durch ihre Möglichkeit bedingt war, ehe sie erfolgen konnte, unmöglich geworden ist [1]); 2) wenn

---

2) *Fr.* 49. *D. h. t.* „*His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit.*“

3) Ausnahmen kommen vor im *Fr.* 32. §. 2. 65. §. 1. *Fr.* 67. §. 4. *D. c.* 2. *C. h. t.*

4) *Fr.* 15. *pr. Fr.* 26. §. 12. *D. h. t.* — Ueber die beim Beweise der Nichtschuld eintretenden Grundsätze vgl. *Fr.* 25. *pr.* §. 1 — 4. *D.* 22, 3. *c.* 13. *C.* 4, 30.

1) *Fr.* 3. §. 5. *D. h. t.* vergl. *Fr.* 23. *D.* 45, 1.

Digitized by Google

der Geber das ihm sonst zustehende *ius poenitendi*, aus einem entweder in seiner Person oder in der des Empfängers liegenden Grunde, nicht ausüben kann [2]); 3) wenn der Geber die stillschweigende Absicht der Repetition nicht haben konnte [3]); 4) wenn der Empfänger sonst einen besondern Nachtheil leiden würde [4]).

§. 291.

b) Eine schändliche oder ungerechte Ursache — *Condictio ob turpem vel iniustam causam.*

Dig. XII, 5. *Cod.* IV, 7. 9. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 25.

So oft etwas wegen einer schändlichen Ursache gegeben wurde, kommt es gar nicht darauf an, ob die Ursache wirklich erfolgt ist, oder nicht [1]), sondern die Sache soll lediglich in Hinsicht auf ihre Schändlichkeit beurtheilt werden. Wenn der Geber allein schändlich handelt, oder der Geber und Empfänger zugleich, so soll stets die Rückforderung des Gegebenen wegfallen [2]), es müfste denn ein Dritter dabei interessirt seyn und deshalb Klage

---

2) *In* besondere 1) wenn der Geber zum Geben des Gegebenen, oder zur Erfüllung der Ursache, welche er verhindern will, ohnehin verbunden war, vergl. *c.* 3. *C.* 4, 38. *Fr.* 5. *D.* 19, 5. *c.* 15. *C.* 5, 3. *c.* 3. *C.* 5, 1.; 2) wenn der Empfänger zur Erfüllung schon angefangen hat verbindlich zu seyn, oder der Erfüllung wegen schon nothwendige Unkosten gehabt hat. *Fr.* 5. *pr.* §. 1. *D. h. t.*

3) *c.* 8. *C. h. t.* vergl. *Fr.* 51. *D.* 44, 7.

4) *Fr* 5. §. 2. 3. *D. h. t.* Die nähere Ausführung dieser Ausnahmen s. in meinem Recht d. Forder. S. 248.

1) *Fr.* 15. *D* 28, 7. „*Turpis causa semper pro impossibili habetur.*“

2) *Fr.* 3. *D. h. t.* „*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus etc.*“ *Fr.* 4. §. 1. 3. *D. c.* 5.

erheben [3]). Sollte aber blofs der Empfänger schändlich annehmen, so wird nun dem Geber eine Rückforderung des Gegebenen, jedoch ohne Zinsen, mit der erwähnten *condictio* gestattet [4]). Derjenige empfängt aber schändlich, welcher etwas annimmt, um etwas nicht zu thun, was er rechtlich schon nicht thun durfte, oder um etwas zu thun, was er rechtlich schon thun mufste [6]). — Dieselben Grundsätze sind anwendbar, wenn etwas wegen einer ungerechten Ursache gegeben ist [6]) und so oft Jemand überhaupt etwas ohne einen gleich Anfangs vorhandenen oder fortdauernden Rechtsgrund auf einen Andern übertragen hat, so kann dasselbe, wenn keine der bisher genannten Condictionen Statt findet, mit der *condictio sine causa* vom Empfänger zurückverlangt werden [7]).

§. 292.

B) Vom Precarium.

Dig. XLIII, 26. *Cod.* VIII, 9. — Donellus *libr.* XIV. *c* 34. — Hugo civilist. Magazin Bd. I. S. 455—480. und S. 472—476.

Auch das Precarium, oder der auf vorgängiges Bitten unentgeltlich ertheilte unbestimmte Gebrauch einer Sache [1]), kann gleichfalls bei den Verträgen erwähnt werden, die

C. eod. Die Schändlichkeit des Empfängers ist in der Regel durch die des Gebers bedingt. Vergl. jedoch *Fr.* 4. §. 3. *D. h. t.* Der Geber handelt aber schändlich, wenn er giebt, damit etwas Schändliches geschehe, oder verheimlicht werde.

3) *Fr.* 4. *in f.* *Fr.* 5. *D. h. t.*

4) *Fr.* 1. *in f. D. h. t.* *Fr.* 134. §. 1. *D.* 40, 17. *c.* 4. *C. h. t.*

5) *Fr.* 2. *D. c.* 6. 7. *C. h. t.*

6) *Fr.* 6. 7. *D. h. t. c.* 3. *C.* 4, 9. *c.* 2. *C.* 2, 20.

7) *Dig.* XII, 7. *Cod.* IV, 9. — Donellus *Libr.* XII. *c.* 13.

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur.*

Digitized by Google

nach der stillschweigenden Absicht der Contrahenten auf Rückgabe einer gegebenen Sache gerichtet sind. Da nemlich das ganze Geschäft auf Freigebigkeit des Concedenten beruhet, so ist es billig, dafs es auch nur so lange fortdaure, als dieser es will; dafs es dem Concedenten frei stehe, die Restitution desselben zu jeder Zeit zu verlangen [2]). Der Ausdruck Precarium ist übrigens sehr allgemein; er bezeichnet überhaupt Alles, was bittweise erlangt wird, daher denn auch keine besondere Klage daraus entsteht, sondern die allgemeine *actio praescriptis verbis* (s. §. 293.) darauf angewendet wird [3]). Sollte die Rückgabe widerrechtlich verweigert werden, so findet das *Interdictum de precario* gegen den Empfänger und dessen dadurch bereicherte Erben Statt [4]). Der Empfänger erhält in der Regel, so lange das an seine Person gebundene [5]) Precarium dauert, den juristischen Besitz der übergebenen Sache, es müfste denn ausdrücklich verabredet seyn, dafs blofs die Detention übergehen solle. (vergl. §. 150. Note 4.)

---

2) *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 12. *D. h. t.*

3) *Fr.* 2. §. 2. *Fr.* 19. §. 2. *D. h. t.* — Aus diesem Grunde zählt Thibaut §. 898. das Precarium zu den ungenannten Verträgen. — (Ueber die Culpa, wofür der Empfänger einstehen mufs, vergl. §. 244.)

4) Vergl. von Savigny Recht des Besitzes §. 42.

5) *Fr.* 12. §. 1. *D. h. t.* vergl. *Fr.* 4. §. 4. *D. eod.*

Digitized by Google

Zweite Classe.

Verträge die auf Leistung einer andern Sache oder Handlung gerichtet sind.

§. 293.

I) *Von den s. g. Innominatcontracten.*

A) Ueberhaupt.

Dig. XIX, 5. *Cod.* IV, 64. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 33. — Hugo civilist. Magazin I, 468.

Unter den so genannten Innominatcontracten sind überhaupt diejenigen Verträge zu verstehen, wobei die frühere Leistung, wodurch die bürgerlich wirksame Forderung begründet wird, darauf gerichtet ist, dafs eine andere Leistung dagegen erfolge. Offenbar gehören sie also nicht zu den blossen Verträgen, sondern die vorhergehende Leistung begründet hier, wie bei allen dinglichen Verträgen, die *obligatio civilis.* — Die allgemeine Theorie dieser Verträge läfst sich auf die vier bestimmten Formen zurückführen: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* und *facio ut facias.* Die beiden Formen *do ut des* und *do ut facias* haben das Besondere, dafs bei ihnen eine doppelte Forderung, mithin auch ein doppeltes Klagrecht eintritt: einmal, vermöge der ausdrücklichen Verabredung, die Forderung einer Gegenleistung — diese gehört eigentlich hierher und es bezieht sich darauf die *actio praescriptis verbis* oder *in factum;* sodann, vermöge der stillschweigenden Absicht der Contrahenten, die Forderung, das Gegebene bei nicht erfüllter Ursache zurück zu geben — dahin die zuvor (§. 290.) dargestellte *cond. causa data, causa non secuta* [1]). Bei den andern beiden Innominat-

1) *Fr.* 5. §. 1. 2. *D. h. t.* (Da bei uns jeder Vertrag eine vollkommen wirksame Forderung begründet, so fällt das mit

contracten: *facto ut des* und *facio ut facias* liegt begreiflicher Weise nur eine lediglich hierher gehörende, auf die Gegenleistung gerichtete Forderung zum Grunde, da frühere Handlungen nicht ungeschehen gemacht werden können, sondern höchstens nur eine Klage auf das Interesse herbeizuführen im Stande sind [2]).

§ 294.

B) Von einigen besondern Arten der Innominatcontracte.

Als besondere Arten der Innominatcontracte, wobei die besondere Benennung des gemeinen Lebens auf die rechtliche Natur keinen weitern Einfluss hat, können ausser dem Precarium (vergl. §. 292. Note 3.) hier noch erwähnt werden 1) der Tausch (*permutatio*) [1]) oder der Vertrag wobei eine Sache [2]) gegeben wird, damit eine andere eigenthümlich dagegen geleistet werde (*do ut des*) [3]). Der, welcher seine Sache zuerst gegeben hat, kann mit der gewöhnlichen *actio praescriptis verbis*, die den Zusatz *de permutato* erhält, gegen den Empfänger klagen, auf Leistung der wechselseitig dagegen versprochenen Sache [4]). 2) Der Schätzungs- oder Trödelvertrag (*contr. aestimatorius*) [5]), wodurch eine ihrem

---

ein der *cond. ob causam dati* geltend zu machende *ius poenitendi* weg und es kann immer nur auf Erfüllung geklagt werden.)

2) *Fr.* 5. §. 3. *D. h. t.*

1) *Dig.* XIX, 4. *Cod.* IV, 64.

2) Auch Geld als Waare betrachtet, gehört hierher. *Fr.* 26. *D.* 19, 5.

3) *Fr.* 16. *D.* 12, 4.

4) *c.* 6. *C. h. t.* „*Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem, iuris auctoritas demonstrat.*“

5) *Dig.* XIX, 5.

Werthe nach bestimmt geschätzte Sache unter der Bedingung zum Verkaufe übergeben wird, dafs der Empfänger entweder die Sache selbst zurückgebe, oder den gleich Anfangs bestimmten Werth bezahle [6]). Der Geber setzt diese Forderung wieder mit der *actio praescriptis verbis* (*de aestimato*) durch. 3) Die versprochene Empfehlung beim Regenten (*contractus suffragii*) [7]). In der Regel ist dieser Vertrag erlaubt, ausgenommen wenn etwas für ein Richteramt oder eine sonstige obrigkeitliche Würde gegeben, oder die Empfehlung, welche von Amtswegen erfolgen mufste, bezahlt worden ist [8]) (*a. praescr. verbis de suffragio*). 4) Der Mäklervertrag (*contr. proxeneticus*) [9]), oder der Vertrag, wodurch ein Mäkler (*proxeneta*) seine Beihülfe bei irgend einem erlaubten Geschäft verspricht und wirklich leistet.

§. 295.

II) *Von einigen sonstigen Forderungen, wobei entweder die vorhergehende Leistung, oder die vertragsmäfsige Gegenleistung nicht sogleich erhellet.*

Donellus *Libr.* XII. *c.* 13. 14.

Ausser den bisher dargestellten dinglichen Verträgen giebt es noch mehrere andere Forderungen, die gleichfalls dazu gerechnet und namentlich auf die Form der ungenannten Verträge: *facio ut des aut facias* zurückgeführt werden können, wobei aber entweder die vorhergehende Leistung, oder der die Gegenleistung bestim-

6) §. 28. *I.* 4, 6. *Fr.* 1. *pr. D. h. t. Fr.* 13. *pr.* 17. § 1. *D.* 19, 5. Ueber das *periculum rei* und den zu leistenden Grad der *Culpa* vergl. *Fr.* 5. §. 3. *D.* 13, 6. *Fr.* 1. §. 1. *D. h. t. Fr.* 11. *D.* 12, 1. *Fr.* 17. §. 1. 2. *D.* 19, 5.

7) *Cod.* IV, 3.

8) *Nov.* 8. *c.* 1. *Nov.* 161.

9) *Dig.* L, 14.

mende Vertrag nicht sogleich erhellet. Das Erstere ist der Fall bei dem Versprechen einer Mitgift und bei dem einem Procurator gemachten Versprechen eines Salars; das Letztere bei der Forderung aus einem rechtskräftigen richterlichen Urtheile und aus einem geleisteten Eide, desgleichen bei der Forderung für gewisse ausserordentliche Dienste ein Honorar zu entrichten [1].

Drittes Capitel.

Von dem Verbalcontract oder von der Stipulation.

§. 296.

1) *Allgemeine Grundsätze.*

Inst. III, 15—20. *Dig.* XLV, 1. *Cod.* VIII, 38. 39. Donellus *Libr.* XIV. *c.* 30.

Verbalcontract oder Stipulation war ein durch eine bestimmt ausgesprochene Frage und passende Antwort perfect werdender Vertrag [1]; der Gefragte versprach nemlich als Schuldner (*Promissor*) dem Fragenden als Gläubiger (*Stipulator*) etwas zu leisten. Ueberhaupt mufste dabei Alles ununterbrochen, in Gegenwart beider Contrahenten, geschehen und die auf diese Weise begründete bürgerlich wirksame Forderung war von der Art, dafs sie zu jedem Vertrage hinzutreten und ihn klagbar machen und bestärken konnte. — Die Stipulationen werden übrigens eingetheilt in freiwillige, welche blofs

---

1) Vergl. über alle diese Fälle mein R. d. Forder. S. 264—269.

1) *Fr.* 5. §. 1. *D. h. t.* „*Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est, responderit.*“

Digitized by Google

auf dem Willen der Contrahenten beruhen, und in nothwendige, die wider Willen befohlen werden, die letzteren waren entweder judicielle, die nach der Einrichtung des alten römischen Processes vom *iudex pedaneus* auferlegt wurden, oder prätorische, die allein vom Prätor herrührten, oder endlich gemeinschaftliche, die nach Beschaffenheit der Umstände bald vom Prätor, bald vom Judex verlangt wurden [2]).

§. 297.

II) *Vorzüglich wichtige Arten.*

A) Von der *stipulatio correalis.*

Inst. III, 16. *Dig.* XLV, 2. *Cod.* VIII, 40. — Donellus *Libr.* XVI. *c.* 25.

Correalstipulation ist vorhanden, wenn aus demselben Grunde durch eine und die nemliche Stipulation mehrere Gläubiger oder Schuldner in Hinsicht auf eine einzige Sache dergestalt constituirt werden, dafs sich auf jeden Einzelnen das so begründete obligatorische Verhältnifs im Ganzen (*in solidum*) bezieht. Die Subjecte einer solchen *Obligatio correalis*, die vorzüglich, wiewohl nicht allein, durch Stipulation zu Stande kommt, sind also zwar mehrere Gläubiger oder Schuldner (*correi stipulandi*, *promittendi*), allein der Gegenstand derselben ist nur eine einzige Sache, die auf Jeden eine ungetheilte (solidarische) Beziehung hat, so dafs, wenn Einer als Gläubiger die Sache geleistet erhält, oder Einer als Schuldner die Sache bezahlt, nun die Obligatio sowohl activ als passiv aufhört [2]).

---

2) *Inst.* III, 18. *Fr.* 5. *pr. D. h. t. T. T. Dig.* XLVI, 5.

1) §. 1. *I.* 3, 16. (17.) Vergl. oben §. 236, wo bei den näheren Bestimmungen der Einwilligung hinsichtlich des Quantums der Leistung, von der *oblig. correalis s. in solidum*, da sie nicht blofs auf Stipulation beruhet, schon vorläufig die Rede seyn mufste.

Digitized by Google

§. 298.

B) Von der Bürgschaft (*Fideiussio*).

Inst. III, (20) 21. *Dig* XLVI, 1. *Cod.* VIII, 41. *Nov.* IV *Donellus libr.* XV. *c.* 49.

Auch die Bürgschaft (*fideiussio*) ist im Sinne des römischen Rechts eine besondere Art der Stipulation. Sie findet Statt so oft Jemand, auf den Fall, dafs der Schuldner nicht leisten werde, accessorisch für denselben die Schuld erfüllen zu wollen verspricht [1]). Die Fidejussion kann zu jeder schon bestehenden fremden Verbindlichkeit hinzutreten, einerlei es mag dieselbe eine natürliche (s. §. 46.) oder bürgerliche, eine gegenwärtige oder künftige, eine Haupt- oder Nebenverbindlichkeit seyn [2]); sie darf jedoch so wenig auf einen andern Gegenstand gerichtet, als *in duriorem causam* erfolgt seyn [3]). — Die Wirkung der übernommenen Bürgschaft besteht zunächst darin, dafs der Bürge und dessen Erbe [4]) aus derselben verbindlich wird; indessen steht ihm das *beneficium ordinis s. excussionis* zu, wodurch der Gläubiger genöthigt wird, zuvor den Hauptschuldner anzugreifen, ehe er den Bürgen

1) *Pr. I. h. t.* „*Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.*“ Die Bürgen werden eingetheilt in Haupt- und Rückbürgen (Ueberbürgen), *Fideiussores principales et succedanei*; in einfache und Schadlosbürgen (*Fid. indemnitatis*), in ausdrückliche und stillschweigende Bürgen. Ueber diese Eintheilungen, so wie über die subjectiven Voraussetzungen, s. mein Recht d. Forder. S. 274.

2) §. 1. *I. Fr.* 1. 2. 8. §. 1. 2. *Fr.* 16. § 3. *D. h. t.* Vgl. jedoch *T. T. C.* V, 20. (*ne fideiussores vel mandatores dotium dentur.*)

3) *Fr.* 8. §. 7. *Fr.* 42. *D.* §. 5. *I. h. t.* „*Fideiussor in duriorem causam adhibitus omnino non tenetur.*“

4) §. 2. *I. h. t. Fr.* 4. §. 1. *D.* 46, 1.

Bürgen belangt [5]). Haben Mehrere sich für dieselbe Schuld verbürgt, so ist zwar ein Jeder von ihnen nach strengem Rechte *in solidum* gehalten, allein die Billigkeit giebt ihnen nicht nur die *ex epistola D. Hadriani* hergeleitete *exceptio divisionis*, vermöge welcher der Gläubiger schuldig ist, mehrere Bürgen theilweise in Anspruch zu nehmen [6]), sondern auch das *beneficiam cedendarum actionum*, wodurch dem Bürgen, welcher unter Mehrern das Ganze zu bezahlen Willens ist, gestattet wird, vorher vom Gläubiger zu verlangen, dafs er ihm seine Klagen gegen die übrigen Mitbürgen abtrete [7]). Der Bürge hat aber auch das Recht, dasjenige was er für den Schuldner bezahlt hat, mit der *actio mandati* von ihm zurückzufordern [8]).

---

5) *Nov.* 4. *c.* 1. vergl. mit der auf das ältere Recht sich beziehenden *c.* 3. *C.* 8, 41.

6) §. 4. *I. h. t. Fr.* 26. *sq. D. eod.*

7) *Fr.* 17. *D. h. t.* „*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*“ *Fr.* 39. 76. *D. c.* 11. *C. h. t.*

8) §. 6. *I. h. t.* „*Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium.*“ *Fr.* 4. *pr. D. eod.* (vgl. §. 265.)

Digitized by Google

Viertes Capitel.

Vom Literalcontract.

Inst. III, 22. *c.* 14. *C.* IV, 30. — Heinrich Meurer Leichenrede auf den s. g. jüngern oder Justinianeischen Literalcontr. (in d. jurist. Abhandl. u. Beobachtungen *n.* 3.)

§. 299.

Auch *ex literis* oder aus einer Scriptur soll, nach der gewöhnlichen Ansicht, eine klagbare zu den Verträgen gehörende Forderung entstehen und namentlich nach neuerm Recht der s. g. chirographarische Contract dahin gehören. Nach der richtigen Theorie ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, dafs im alten römischen Recht ein *contractus literalis* oder *nominum* existirte, der durch blosse Scriptur gleich Anfangs perfect wurde [1]); dafs aber Justinian einen neuen Literalcontract (*contractus chirographarius*) eingeführt habe, läfst sich nicht behaupten [2]). Aus einem ausgestellten Schuldschein soll zwar der Aussteller nach Ablauf von zwei Jahren dergestalt verpflichtet werden, dafs die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht mehr dagegen vorgeschützt werden kann (s. §. 279.); offenbar ist dieses aber nur eine auf die Beweisführung beim Darlehn sich beziehende nähere Bestimmung, die nicht als ein besonderer durch Scriptur zu Stande gekommener Vertrag angesehen werden kann, da nicht das Schreiben des Schuldscheins an und für

1) s. Caji *Institutiones* III. 89. 128. Theophili *Paraphr.* III, 21.

2) Vergl. vorzüglich Joh. Glieb Langsdorf in Hugo's civilist. Magazin Bd. I. St. 18.

Digitized by Google

sich, sondern vielmehr der nachherige Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit es ist, woraus die unbedingte Verpflichtung der Wiederbezahlung erwächst.

Zweites Hauptstück.

Von den Forderungen aus widerrechtlichen Handlungen.

Pr. Inst. IV, 1. *Dig.* XLVII, 1. — Donellus *Libr.* XV. *c.* 24.

§. 300.

Vorerinnerung.

Die zweite Hauptquelle der bürgerlichen Forderungen sind widerrechtliche Handlungen oder Delicte. Nur diejenigen widerrechtlichen Handlungen gehören aber hierher, welche einen Anspruch auf Schadensersatz und auf Erlegung einer Privatstrafe begründen (*Delicta privata*). Es gehört dahin der Diebstahl oder die Entwendung (*furtum*), die Gewalt (insonderheit der Raub, *rapina*), die widerrechtliche Beschädigung (*damnum iniuria datum*) und die Verletzung der Ehre (*iniuria*). Der auf Entschädigung gerichtete Anspruch (*rei persecutio*) kann natürlich auch gegen die Erben geltend gemacht werden, die Privatstrafe hingegen ist rein persönlich und trifft nur allein den Thäter [1]).

1) §. 1, *I.* 4, 12. *Fr.* 1. *D.* 47, 1. *Fr.* III. §. 1. *D.* 50, 17. *c. un. C.* 4, 17. (*vergl.* §. 60.) — Von der aus dem Delict entspringenden Privatstrafe kann h. z. T. die Rede nicht mehr seyn.

Digitized by Google

Mehrere, welche zusammen ein Delict begangen haben, sind *in solidum* verpflichtet Schadensersatz zu leisten und können sich so wenig auf die Wohlthat der Theilung berufen, als ihnen demnächst gegen ihre Theilnehmer der Regrefs offen steht [2]).

Erster Abschnitt.

Vom Diebstahl (*Furtum*).

Erster Absatz.

Vom Diebstahl überhaupt.

Inst. IV, 1. *Dig.* XLVII, 2. *Cod.* VI, 2. — Donellus *Libr.* XV. *c.* 30.

§. 301

1) *Begriff und wesentliche Voraussetzungen.*

Diebstahl ist die widerrechtliche Zueignung fremder Sachen, wegen eines Vortheiles in Ansehung des Vermögens [1]). Es wird dabei 1) Zueignung (*contrectatio*) erfordert, denn nur derjenige begeht eigentlich einen Diebstahl, welcher eine bewegliche Sache [2]), in der Ab-

2) *Fr.* 14. §. 15. *D.* 4, 2. *c.* 1. *C.* 4, 8. (vgl. §. 256.)

1) §. 1. *I.* 4, 1. *Fr.* 1. *D.* 47, 2. „*Furtum est contrectatio rei alienae fraudulosa lucri faciendi gratia facta.*“

2) Schon der Ausdruck *contrectare* oder *manibus tractare* deutet darauf hin, dafs eine bewegliche Sache vorausgesetzt wird.

Digitized by Google

sicht, sie haben zu wollen, ergreift [3]); 2) widerrechtliche Zueignung, diese ist jedoch nur bei einer fremden Sache denkbar, oder bei einer eigenen, deren Besitz oder Gebrauch aber einem Andern gehört [4]); der Dieb mufs nicht nur wissen, dafs er kein Recht habe, die Sache sich zuzueignen, sondern die Zueignung mufs auch wider den Willen des Eigenthümers erfolgen [5]) und in der Absicht einen Diebsahl zu begehen (*furtum ex affectu furandi consistit*) [6]); 3) wegen eines Vortheiles in Ansehung des Vermögens, widrigenfalls entsteht ein anderes Delict [7]); übrigens ist es einerlei, ob der Vortheil sich auf die Sache selbst, oder auf den Gebrauch, oder auf den Besitz derselben bezieht [8]).

§. 302.

II) *Wirkungen des begangenen Diebstahls.*

A) Von den auf Wiedererlangung der gestohlenen Sache gerichteten Klagen, insonderheit von der *condictio furtiva.*

Dig. XIII, 1. *Cod.* IV, 8.

Auf Wiedererlangung der gestohlenen Sache kann der bestohlene Eigenthümer nicht nur die *rei vindicatio* und

---

2) Uneigentlich wird jedoch bisweilen auch ohne eine solche Ergreifung ein Diebstahl angenommen, namentlich wenn Jemand eine fremde Sache zuvor von ihrem Eigenthümer erhalten hat und sie ihm vorenthält, oder wider seinen Willen gebraucht. §. 6. *I. h. t.*

4) §. 10. *I. h. t.*

5) §. 6. 8. *I. c.* 20. *h. t. Fr.* 145. *D.* 50, 17. „*Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.*"

6) Fälle, in welchen diese Absicht (*affectus furandi*) nicht angenommen werden kann, finden sich im §. 7. 18. *I. Fr.* 23. 46. §. 7. *D. h. t.*

7) Hierauf beruht nach der Analogie des *Fr.* 5. §. 3. *D.* 9, 2. die Erklärung von *Fr.* 39. u. 82. §. 2. *D. h. t.* Vgl. Wieling *lection.* I, 1.

8) §. 6. *I. Fr.* 15. §. 1. *D. h. t.*

Digitized by Google

die ihr als vorbereitendes Rechtsmittel vorausgehende *actio ad exhibendum* gegen den Dieb, als Besitzer anstellen, sondern auch die ganz eigentlich gegen den Dieb, als eine aus dem Diebstahl verpflichtete Person, Statt findende *condictio furtiva* gebrauchen [1]). Die letztere kommt zwar darin mit der *rei vindicatio* überein, dafs sie dem Eigenthümer, so lange dessen Eigenthum dauert, gegeben wird, aber sie steht blofs dem bestohlenen Eigenthümer und dessen Erben zu, nicht den etwanigen Singularsuccessoren [2]), und sie kann gegen die Erben des Diebes selbst dann angestellt werden, wenn sie auch die gestohlene Sache nicht besitzen [3]). Sollte gleich die gestohlene Sache zufällig zu Grunde gegangen seyn, so mufs dennoch der höchste Werth, den sie seit der Entwendung hatte, geleistet werden [4]).

§. 303.

B) Von den auf Bestrafung des Diebstahls gerichteten Klagen — *actio furti.*

Der Bestrafung des Diebstahls wegen findet sowohl eine öffentliche als Privatklage Statt; nur die letztere, die *actio furti* gehört aber hierher [1]). Der Bestohlene verfolgte damit eine pecuniaire Strafe, die beim *furtum ma-*

---

1) Vergl. *Fr.* 7. §. 1. *D.* 13, 1. §. 19. *I.* 4, 1.

2) *Fr.* 1. 10. §. 3. *Fr.* 11. *D. h. t.*

3) *Fr.* 7. §. 2. *D. h. t.* vgl. mit *Fr.* 42. u. 52. *D.* 6, 1.

4) *Fr.* 8. 13. *D. h. t.* *Fr.* 67. §. 2. *D.* 47, 2. („*Fur semper moram facere videtur.*“)

1) *Fr.* 92. *D.* 47, 2. „*Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere: non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit poterit civiliter agere.*“

nifestum auf den vierfachen, beim *nec manifestum* aber auf den doppelten Werth der gestohlenen Sache gerichtet war, ohne dafs die gestohlene Sache selbst dabei mit in Anschlag kam [2]. Die *actio furti* unterscheidet sich darin wesentlich von der *condictio furtiva*, dafs sie 1) nicht blofs dem Eigenthümer, sondern überhaupt dem gegeben wird, der aus einer gerechten Ursache dabei interessirt ist [3]; 2) dafs sie als Poenalklage nicht gegen die Erben des Diebes [4], wohl aber gegen den Gehülfen, obgleich dieser selbst keinen Diebstahl begeht, gebraucht werden kann [5].

Zweiter Absatz.

Von einigen in den Quellen besonders ausgezeichneten Arten des Diebstahls.

Dig. XXV, 2. XLVII, 3—7. 9.

§. 304.

Zu den in den Quellen besonders ausgezeichneten Arten des Diebstahls gehört: 1) die *rerum amotio*, wenn

2) §. 3. *I.* 4, 1. *Fr.* 2. 8. 21. *pr. Fr.* 35. *D. h. t.* — (Auf die Wiedererlangung der gestohlenen Sache selbst war, nach dem Vorhergehenden, die *cond. furtiva* gerichtet, welche jedoch mit der *a. furti* verbunden werden konnte.)

3) „*Ei, cuius interfuit, rem non subripi.*“ z. B. dem Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger und Conductor. *Fr.* 10—12. 14. *D.* §. 13. *I. h. t.*

4) §. 1. *I.* 4, 12.

5) §. 11. *I. h. t. Fr.* 6. *D.* 13, 1. *Fr.* 50. *D.* 47, 2. vgl. *Fr.* 55. §. 2. *D.* 50, 16.

Digitized by Google

ein Ehegatte während der Ehe, in Erwartung der Scheidung, dem andern etwas entwendet hat; nach getrennter Ehe kann deſshalb die prätorische *actio rerum amotarum* angestellt werden; 2) das *furtum tigni iuncti;* 3) der Diebstahl, der von einem vom Testator freigelassenen Sclaven nach dem Tode seines Herrn vor angetretener Erbschaft erfolgt ist; 4) der von den Leuten der Schiffer, Stall- und Gastwirthe verübte Diebstahl; 5) der von einer *familia servorum* begangene Diebstahl; 6) der Baumdiebstahl; 7) der bei einer Feuersbrunst, oder einem andern ähnlichen Unglücksfalle vollbrachte Diebstahl.

Zweiter Abschnitt.

Von der Gewalt.

§. 305.

Die Gewalt kann sich entweder in Ansehung beweglicher, oder unbeweglicher Sachen äussern. Bei den beweglichen Sachen wird der Besitz entweder blofs gestört, oder ganz aufgehoben; in jenem Falle findet das *Interdictum utrubi* Statt, in diesem aber ist entweder unerlaubte Selbsthülfe oder Raub vorhanden. Bei den unbeweglichen Sachen wird wieder der Besitz entweder blofs gestört, alsdann tritt das *Interdictum uti possidetis* ein; oder ganz aufgehoben, alsdann das *Interdictum de vi.* Die gesammte Lehre zerfällt demnach in drei Abschnitte: 1) von den bei der gewaltsamen Störung und Entziehung des Besitzes Statt findenden Interdicten; 2) von der unerlaubten Selbsthülfe; 3) vom Raube.

Digitized by Google

§. 306.

I) *Von den bei der gewaltsamen Störung oder Entziehung des Besitzes eintretenden Interdicten.*

§. 4. 6. *Inst.* IV, 15. *Dig.* XLIII, 16. 17. 26. 31. *Cod.* VIII, 4—6. — Donellus *Comm. Libr.* XV, *c.* 32—38. u. *in Codicem* VIII, 4—6. 9. —. Vorzüglich von Savigny im Recht des Besitzes Abschn. IV.

Die possessorischen Interdicte beruhen auf einem dem Kläger zustehenden Recht des Besitzes (§. 148.) und es gehören hierher die s. g. *Interdicta retinendae et recuperandae possessionis* (vergl. §. 53). Der nähere Grund derselben, woraus die hierher gehörende Forderung entspringt, ist jedesmal eine gewisse Verletzung oder widerrechtliche Handlung (*vitiosa*, *iniusta possessio*), die entweder durch Gewalt, oder durch Verheimlichung, oder durch den Mifsbrauch eines Precars herbeigeführt wird [1]). Wenn nun insonderheit durch Gewalt (*vis*) — worunter jede wider den Willen des Befitzers vorgenommene Handlung verstanden wird [2]) — der Besitz auf irgend eine Weise gestört worden ist, so findet das *Interdictum uti possidetis* bei unbeweglichen, und das *Interd. utrubi* bei beweglichen Sachen Statt, ohne dafs es dabei auf die Rechtlichkeit des Besitzes von Seiten des Klägers ankommt, vorausgesetzt dafs derselbe den Besitz von dem Störenden selbst

1) Das auf Verheimlichung (*clandestina possessio*) sich gründende Interdict (*Fr.* 7 §. 5. *D.* 10, 3.) scheint ganz dem der Gewalt wegen ertheilten analog gewesen zu seyn, und konnte schon zur Zeit der classischen Juristen bei Grundstücken (wobei ein heimlicher Besitz nicht möglich war, §. 151. Note 5.) keine Anwendung finden. Auch das *Interd. de precario* wurde auf ähnliche Weise, wie das beim gewaltsamen Besitze durchgesetzt. Vergl. von Savigny § 41. 42.

2) Vergl. *Fr.* 1. §. 5. *D.* 43, 24.

nicht auf eine unrechtmäfsige Weise erworben hat. (vgl. §. 148. Note 6.) Beide Interdicte sind daher *duplicia* [3]) und der Zweck derselben ist, die bisher Statt gefundene Störung aufzuheben und zu entfernen, wobei es denn zu einer *cautio de non amplius turbando* kommen kann. Ausserdem mufs dem Besitzer für den durch die Störung zugefügten Schaden, vollständiger Ersatz geleistet werden [4]). — Wenn hingegen der Besitz unbeweglicher [5]) Sachen durch eine persönliche, von dem Beklagten selbst oder mit dessen Willen von einem Andern, verübte Gewalt (*vis atrox*) [6]) gänzlich aufgehoben ist, so kann das *Interdictum de vi* gebraucht werden [7]), welches ausser der Restitution des Besitzes, innerhalb eines Jahres wieder auf völlige Entschädigung gerichtet ist und wobei die vom Beklagten dem Kläger entgegengesetzte Einrede der früher wider ihn selbst gebrauchten Gewalt nicht berücksichtigt werden soll [8]).

§. 307.

II) *Von der unerlaubten Selbsthülfe.*

Unerlaubte Selbsthülfe ist vorhanden, so oft Jemand eine Sache unter dem Vorwande eines daran zustehenden

3) §. 7. *in f. I.* 4, 14. (vgl. §. 53.)

4) Bei dem *Interd. uti possidetis* jedoch nur, wenn in einem Jahre nach vorgefallener Störung geklagt wird, sonst kann der Beklagte nur *in id quod ad eum pervenit* verurtheilt werden. *Fr.* 1. *pr. D.* 43, 17. vgl. *Fr.* 4. *D.* 43, 1.

5) Bei beweglichen Sachen wird das Interdict durch andere Rechtsmittel überflüssig gemacht. Vgl. *Fr.* 1. §. 6. *D.* 43, 16.

6) *Fr.* 1. §. 29. u. §. 12. *D. eod.*

7) Auf den ehemaligen Unterschied, ob die Gewalt mit oder ohne Waffen verübt war (daher noch die Ueberschrift *de vi et vi armata*), kommt es im Justinian. Recht nicht mehr an.

8) §. 6. *I.* 4, 15. „— — *licet is ab eo, qui vi deiecit, vi, vel clam, vel precario possideat.*“

Digitized by Google

Eigenthumes oder einer zu befriedigenden Forderung gewaltsam sich zueignet. Die darauf gesetzten Strafen, welche zugleich Forderungen von Seiten dessen sind, gegen welchen die Gewalt verübt wurde, sind folgende: 1) wenn Jemand eine Forderung an einen Andern hat und ihm deſshalb von seinen Sachen etwas wegnimmt, so muſs er ihm die Sache nicht nur wiedergeben, sondern verliert auch seine Forderung (*Decretum D. Marci*) [1]; 2) wenn Jemand als Eigenthümer seine Sache einem dritten Besitzer gewaltsam entzieht, so verliert er den Besitz und das Eigenthum derselben und der dritte Besitzer erhält gegen ihn nicht nur eine *condictio ex lege*, *ut adversus eum*, *qui ex maleficio obligatur*, sondern auch eine *vindicatio* als nunmehriger Eigenthümer; 3) wenn Jemand eine fremde Sache, weil er glaubte, Eigenthümer zu seyn, gewaltsam sich zueignet, so muſs er sie nicht nur dem vorigen Besitzer zurückgeben, sondern dieser erlangt auch das Recht, mit einer *cond. ex lege* den Werth derselben zu verlangen [2].

§. 308.

III) *Vom Raube.*

Inst. IV, 2. *Dig.* XLVII, 8. *Cod.* IX, 32.

Unter Raub ist die gewaltsame, des Gewinnes wegen unternommene, Entwendung einer fremden beweglichen Sache zu verstehen [1]. Gerade in der Gewalt liegt die Strafbarkeit des Raubes, daher auch nicht auf den Werth der geraubten Sache Rücksicht genommen wird, um die Privatstrafe desselben zu begründen. Die aus

1) *Fr.* 13. *D.* 4, 2.

2) Die beiden letzten Fälle finden sich in der *c.* 7. *C.* 8, 4. vgl. *Fr.* 2. §. 18. *D.* 47, 8. §. 1. *I.* 4, 2. — (Die deutschen Reichsgesetze: Landfrieden v. 1495 fg. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1532. Tit. 2. §. 15. haben diese Strafen bestätigt.)

1) *Fr.* 3. §. 5. *D.* 47, 9. *Fr.* 2. *pr.* §. 1. *D. h. t.* vgl. *c.* 1. *C. h. t.*

Digitized by Google

dem Raube entspringende, auf volle Entschädigung und zugleich auf Erlangung einer Privatstrafe gerichtete Forderung wurde mit der *actio vi bonorum raptorum* durchgesetzt und war innerhalb eines *annus utilis* auf den Ersatz des vierfachen, nachher aber nur des einfachen Werthes der geraubten Sache gerichtet. Die *a. v. b. r.* war also *annalis* und zugleich *rei persecutoria* und *poenalis* (*mixta*), während die *actio furti* eine *perpetua* und blofs *poenalis* war. Beim ersten Blick könnte es daher scheinen, als ob die Römer den Raub gelinder bestraft hätten als den Diebstahl, dieses war aber keineswegs der Fall [2]). Wenn nemlich der Räuber ein *raptor manifestus* war, wurde er ganz wie ein *fur manifestus* behandelt [3]); wenn er hingegen *non manifestus* war, so enthielt offenbar die zur gehörigen Zeit angestellte Klage aus dem Raube eine strengere Strafe als die *a. furti nec manifesti*, und hierauf war daher eigentlich jene Klage berechnet [4]).

---

2) Justinian sagt im *pr.* I. 4, 2. „*Ridiculum esset, levioris conditionis esse eum, qui rapit, quam qui clam amovet*", und in andern Stellen wird der *raptor* ein *fur improbus* genannt. *Fr.* 2, §. 10. 24. *D. h. t. Fr.* 14. §. 12. *D.* 4, 2. vgl. Caji *Instit.* III, 209.

3) *Fr.* 80. §. 3. *D.* 47, 2.

4) Vergl. *Fr.* 1. *D. h. t. Fr.* 88. *D.* 47, 2. — Sehr richtig hat dieses Verhältnifs Cujacius *in paratitlis in Cod.* IX, 33. auseinandergesetzt.

Dritter Abschnitt.

Von der widerrechtlichen Beschädigung.

Donellus *Lib.* IX. *c.* 9. und *Lib.* XV. *c.* 26—28. — Vorzüglich Schöman im Handb. des Civilrechts Bd. I. S. 168. fg.

§. 309.

Auch durch die dem Vermögen eines Mitbürgers zugefügte widerrechtliche Beschädigung (*damnum iniuria s. culpa datum*) [1]) wird jederzeit eine Forderung auf Ersatz des zugefügten Schadens begründet. Gewöhnlich stellt man diese sehr reichhaltige Lehre viel zu beschränkt dar und nimmt dabei blofs auf die Vorschriften des Aquilischen Gesetzes Rücksicht. Es kann nemlich überhaupt sowohl das leblose, als das lebendige Eigenthum eines Andern, als auch ein vernünftiges Rechtssubject selbst, die unmittelbare Veranlassung eines nicht blofs zufälligen Schadens werden, und nach diesem dreifachen Unterschiede mufs die Lehre von uns entwickelt werden.

§. 310.

I) *Von der durch das leblose Eigenthum verursachten Beschädigung.*

Wenn das leblose Eigenthum eines Andern unmittelbar einen nicht blofs zufälligen Schaden veranlafst hat und zwar 1) das bewegliche leblose Eigenthum, so mufs man unterscheiden: *a*) wenn ein vernünftiges Wesen sich dabei mittelbar in Schuld befindet, so kann, bei einem Sclaven, gegen seinen Herrn mit der

1) Es ist bereits oben (§. 144.) bemerkt worden, dafs wenn kein obligatorisches Verhältnifs zum Grunde liegt, für jede *Culpa in faciendo* Ersatz geleistet werden mufs.

Digitized by Google

actio noxalis oder *legis Aquiliae*, bei einem freien Menschen gegen ihn selbst mit der *a. l. Aquiliae* geklagt werden [1]; *b*) wenn hingegen ein fremdes Thier den durch die leblose Sache angerichteten Schaden mittelbar bewirkte, so tritt die *a. de pauperie* ein [2]; 2) das unbewegliche leblose Eigenthum, dieses kann nur, wenn es beweglich zu werden anfängt (wie z. B. bei baufälligen Gebäuden) Schaden bringen, und es kommt darauf an, ob der Schaden schon angerichtet ist, oder nicht. In jenem Falle kann, wenn der Eigenthümer mittelbar Schuld daran ist, eine *actio in factum* oder *legis Aquiliae* angestellt, und auch ein Retentionsrecht an den niedergestürzten Sachen ausgeübt werden [3]. In diesem Falle aber findet eine *cautio de damno infecto* Statt [4]; wurde diese verweigert, so kam es bei den Römern zu der *missio in possessionem*, zuerst *ex primo* und sodann auch *ex secundo decreto* [5].

§ 311.

II) *Von der durch das lebende Eigenthum verursachten Beschädigung.*

Wenn zunächst ein fremder Sclave Schaden anrichtete, so wurde jedesmal entweder die *actio noxalis* oder *legis Aquiliae* gegen den Eigenthümer gegeben [1].

---

1) Die *A. de effusis vel dejectis* und *de periculose positis et suspensis* kommt unten bei den Quasidelicten vor.

2) Ein interessantes Beispiel enthält *Fr.* 52. §. 2. *D.* 9, 2.

3) *Fr.* 6. 7. §. 1. 2. *Fr.* 9. *pr.* §. 3. *Fr.* 44. *D.* 39, 2. Bynkershoek *Observat.* IV, 10.

4) *Dig.* XXXIX, 2. (*de damno infecto etc.*) *Cod.* VIII, 10. (*de aedificiis privatis.*)

5) *Fr.* 7. *pr. in f. Fr.* 5. 15. §. 16. 20. 23. *D. h. t.* vergl. §. 160. Note 3.)

1) *Inst.* IV, 8. *Dig.* IX, 5. *Cod.* III, 41. (*de noxalib. actionib.*)

Digitized by Google

Wenn aber ein fremdes Thier, so ist dieſs entweder ein wildes Thier (*bestia*) oder ein zahmes (*quadrupes*). Ein wildes Thier soll nicht da gehalten werden, wo Menschenzugang ist [2]), und überhaupt nicht so, daſs es schaden kann [3]); bei einem zahmen Thiere hingegen findet, wenn dem Eigenthümer keine Schuld zur Last fällt, die *actio de pauperie* [4]) Statt, doch kann der Eigenthümer das Thier dem Beschädigten zum Ersatz des Schadens abtreten (*noxae deditio*) [5]).

§. 312.

III) *Von der durch ein vernünftiges Rechtssubject verursachten Beschädigung* — Lex Aquilia.

Inst. IV, 3. *Dig.* IX, 2. *Cod.* III, 35.

So oft endlich ein vernünftiges Rechtssubject durch seine positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung ist, findet wieder in allen denkbaren Fällen eine Klage auf volle Entschädigung Statt. Hierher gehört der unter dem Namen des Aquilischen Gesetzes bekannte Volksschluſs vom J. 573. *p. u. c.*, wodurch allen frühern Verordnungen, die allgemein und schlechthin über die Entschädigung etwas bestimmten, derogirt wurde [1]). Ueberhaupt wird dabei ein

2) §. 1. *I.* 4, 9. *Fr.* 40—42. *D.* 21, 1.

3) Der Eigenthümer braucht jedoch nur so lange dafür einzustehen, als das wilde Thier sich in seiner Gewahrsam und seinem Eigenthume befindet. *Fr.* 1. §. 10. *D.* 9, 1. *pr. I.* 4, 9.

4) *Inst.* IV, 9. *Dig.* IX, 1. (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*) Bei dem durch Weiden und Fressen angerichteten Schaden fand schon nach den zwölf Tafeln die *actio de pastu* Statt. *Fr.* 14. §. 3. *D.* 19, 2. vergl. Thibaut in den Versuchen II, 8.

5) *Fr.* 1. *pr.* §. 14. *D.* 9, 1.

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* — Von dem ganzen Inhalt des Aquilischen Gesetzes werden im *Corpus iuris* nur das erste und dritte

Digitized by Google

durch Arglist oder durch eine noch so geringe *culpa in faciendo* zugefügter, das äussere Vermögen betreffender Schaden vorausgesetzt [2], der dem Beschädigenden, seiner persönlichen Beschaffenheit nach, imputirt werden kann [3]. Ursprünglich konnte die Klage aus dem Aquilischen Gesetze nur wegen einer unmittelbaren Verletzung (*si quis corpore corpori damnum dederat*) vom Eigenthümer selbst angestellt werden (*Actio directa l. A.*) [4]. In der Folge wurde sie aber auch auf den Fall bezogen, wenn Jemand eine fremde Sache nicht unmittelbar mit seinem Körper beschädigt hatte (*si corpori, non corpore nocitum erat*) und auch dem, der wegen eines sonstigen dinglichen Rechts dabei interessirt war, gegeben, z. B. dem Fructuar

---

Capitel erwähnt. Im ersten Capitel wurde verordnet, dafs, wer eines Andern Sclaven oder vierfüfsiges Thier, das zum Weidevieh gehörte (*quadrupes quae pecudum numero est*), tödtete, den höchsten Werth ersetzen sollte, den die S. im nächstverflossenen Jahre gehabt. *pr.* §. 1. *l. h. t.* Im dritten Capitel hingegen, dafs wer eben diese Gegenstände sonst beschädigt, oder Thiere anderer Art getödtet, oder sie, oder sonst andere Sachen auf irgend eine Weise beschädigt hat, dem Eigenthümer zur Leistung des höchsten Werthes, den die Sache im jüngstverflossenen Monate gehabt, verpflichtet seyn sollte. §. 13—15. *I. Fr.* 27. §. 5. *Fr.* 29. §. 8. *D. h. t.* — Ueber den Inhalt des zweiten Capitels vergl. Caji *Institution.* III, 225.

2) *Fr.* 44. *D.* 9, 2. „*In lege Aquilia et culpa levissima venit.*“ — Das Gesetz bezieht sich also nicht auf einen blofs zufälligen (§. 3. *I. h. t.*) oder auf einen durch blosse Unthätigkeit herbeigeführten Schaden, die Unthätigkeit müfste denn die Veranlassung des Schadens einer vorhergehenden Handlung seyn. *Fr.* 7. §. 8. *Fr.* 8. *D. h. t.*

3) Ueber den von einem Kinde und Wahnsinnigen herrührenden Schaden vergl. *Fr.* 5. §. 2. *D. h. t.*

4) *Fr.* 51. *pr.* §. 16. *I. h. t.*

Digitized by Google

Fructuar und Besitzer in gutem Glauben (*actio utilis l. A.*) [5]). In allen übrigen Fällen endlich, insonderheit *si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit*, fand die allgemeine Klage der Billigkeit (*actio in factum*) Statt [6]).

Vierter Abschnitt.

Von den Injurien.

Inst. IV, 4. *Dig.* XLVII, 10. *Cod.* IX, 35.

§. 313.

I) *Begriff und Arten.*

Iniuria im weitern Sinne ist Alles *quod non iure fit* [1]), im engern Sinne aber ist die Handlung darunter zu verstehen, wodurch die Ehre und der gute Ruf eines Menschen verletzt wird. In subjectiver Hinsicht sind die Injurien entweder unmittelbare oder mittelbare [2]); in Hinsicht auf die Art der Zufügung entweder thätliche oder wörtliche (mündliche oder schriftliche) oder symbolische [3]); in Hinsicht auf den Grad der Bestrafung entweder leichte (*leves*) oder schwere (*atroces*) [4]).

5) §. 16. *I. Fr.* 7. §. 2. *Fr.* 11. §. 8. 10. *Fr.* 12. 13. 17. 30. *D. h. t.*

6) §. 16. *I. h. t.* vergl. *Fr.* 7. *D.* 16, 3. *Fr.* 49. *pr. D.* 9, 2.

1) Vergl. *Fr.* 5. §. 1. *D.* 9, 2. *pr. I. h. t.*

2) *Fr.* 1. §. 3. *Fr.* 15. §. 35. *sq. Fr.* 41. *D.* §. 2. 3. *I. h. t.*

3) §. 1. *I. Fr.* 1. §. 1. *D. h. t.* vgl. z. B. *Fr.* 15 §. 20—23. *D. eod.*

4) §. 9. *I. Fr.* 7. §. 7. 8. *Fr.* 9. *pr.* §. 1. 2. *D. h. t.*

Digitized by Google

§. 314.

II) *Erfordernisse und Wirkungen.*

Dazu, dafs Jemand wirklich eine Injurie begehe, werden folgende wesentliche Erfordernisse vorausgesetzt: 1) es mufs die Absicht, eine Injurie begehen zu wollen, vorhanden gewesen seyn [1]; 2) der Beleidigte mufs selbst unschuldig seyn und darf 3) die Beleidigung nicht gleich Anfangs übersehen haben [2]. — Nach prätorischem Rechte wurde der begangenen Injurie wegen mit der *actio iniuriarum aestimatoria* geklagt; der Injuriant ist nemlich schuldig, dem Beleidigten das Quantum zu ersetzen, auf welches er die wirkliche Beleidigung, nach vorgängiger Ermäfsigung des Richters, geschätzt hatte [3]. Die Geldstrafe war zugleich mit Infamie verbunden und die Klage erlosch in einem Jahre [4]. — Ausserdem konnte auch nach der *lex Cornelia* jede thätliche Beleidigung, so wie das gewaltsame Eindringen in Jemandes Wohnung, theils mittelst einer vom Richter festzusetzenden Privatstrafe, theils auch *criminaliter* geahndet werden [5].

---

1) *Fr.* 3. §. 1. *D. h. t.* „*Iniuria ex affectu faciendi consistit.*“

2) *Fr.* 5. 4. 13. §. 1. 2. *Fr.* 11. §. 1. *Fr.* 18. *D. h. t.* (*Iniuria dissimulatione aboletur.*)

3) §. 7. *I. eod.* 4) *Fr.* 17. §. 6. *c.* 5. *C. eod.*

5) §. 7. 8. *I. Fr.* 5. *pr.* §. 1—9. *Fr.* 37. §. 1. *D. h. t.* (Die öffentliche Bestrafung der Injurien und insbesondere eines Pasquilles (*libellus famosus*) gehört nicht hierher.)

Drittes Hauptstück.

Von den vermischten Fällen der Forderungen.

Erster Abschnitt.

Von den Quasicontracten.

Inst. III, 28. — Hugo civilist. Magaz. Bd. I. S. 452. fg. Weber von der natürl. Verbindl. §. 9. 10. 27.

§. 315.

Zu den so genannten Quasicontracten werden überhaupt die Forderungen gerechnet, welche 1) aus der Geschäftsführung (*negotiorum gestio*), 2) aus der Verwaltung der Tutel und Curatel, 3) aus der Gemeinschaft, 4) aus der Erbschaftsantretung und 5) aus der Bezahlung einer Nichtschuld entspringen. Von den aus der Verwaltung der Tutel und Curatel (§. 109.) und aus einer bezahlten Nichtschuld (§. 288.) entstehenden Forderungen ist bereits geredet worden und die mit der Erbschaftsantretung verbundene *Obligatio* kommt unten im Erbrechte vor. Es bleiben daher gegenwärtig nur noch die Grundsätze über die Geschäftsführung und über die Gemeinschaft zu erörtern übrig.

Erster Absatz.

Von der Geschäftsführung (*Negotiorum gestio*).

§. 1. *I.* III, 18. *Dig.* III, 5. *Cod.* II, 19. — Donellus *Libr.* XV. *c.* 15 – 17.

§. 316.

I) *Begriff und Erfordernisse.*

Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) ist vorhanden, wenn Jemand absichtlich die Geschäfte eines Andern,

ohne dessen vorhergehenden Auftrag, besorgt. Es wird dabei vorausgesetzt: 1) ein fremdes Geschäft, einerlei, wer dabei interessirt ist, wenn auch eine solche Person, die sonst nicht verbindlich werden kann [1]; 2) das Geschäft mufs in Hinsicht und auf den Namen des Geschäftsherrn (*dominus negotii*), nicht des eigenen Vortheiles wegen unternommen seyn [2]; 3) das Geschäft mufs dem Geschäftsherrn gleich Anfangs vortheilhaft gewesen seyn; darauf also, dafs der erlangte Vortheil späterhin ohne Schuld des Geschäftsherrn wieder verloren gegangen ist, kommt es nicht an [3]; 4) der Geschäftsführer mufs wirklich die Absicht gehabt haben, den, dessen Geschäfte er führte, verbindlich zu machen [4]; 5) endlich mufs das Geschäft wider Wissen, wenn auch nicht gerade in Abwesenheit des Geschäftsherrn besorgt worden seyn [5].

1) *Fr.* 3. §. 5. *D. h. t.* „*Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio.*“ *Fr.* 6. *pr. D. eod.* „*Sed et pupillum* (*obligatum habebo*) *modo si locupletior fuerit factus.*“

2) *Fr.* 6. §. 3. *D. h. t.*

3) *Fr.* 10. §. 1. *D. h. t.* Nur bei dem Pupillen allein wird er erfordert, dafs der erlangte Vortheil auch bleibend gewesen sey. *Fr.* 6. *pr. Fr.* 37. *pr. D. eod.* Sollte mehr als nöthig war, verwendet seyn, oder etwas aus Uebereilung für vortheilhaft gehalten seyn, was es nicht ist, so kann keine Entschädigung verlangt werden, der Geschäftsherr müfste es denn genehmigt haben. *Fr.* 9. 10. §. 1. *Fr.* 25. 27. 43. *in f. D. eod.*

4) Die Rückforderung fällt daher weg, wenn die Auslagen schon durch ein allgemeines Gesetz der Humanität bedingt wurden. Vgl. *Fr.* 27 §. 1. *Fr.* 44. *D. c.* 1. *C. h. t.* Auf den Irrthum in der Person des Geschäftsherrn kommt es nicht an (vgl. *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 6. §. 8—10. *D h. t.*), eben so wenig wird auf die Ursache, weshalb Jemand die Geschäftsführung übernahm, Rücksicht genommen. *Fr.* 3. §. 10. *D. eod.*

5) Vergl. *Fr.* 8. §. 3. *Fr.* 41. *D. h. t. Fr.* 5. *D.* 44, 7.

§. 317.

II) *Wirkungen.*

Was zunächst 1) die Rechte des Geschäftsherrn betrifft, so ist derselbe befugt vom Geschäftsführer zu verlangen, dafs er Rechnung ablege [1]) und Alles herausgebe, was er aus der Geschäftsführung erhalten hat [2]), auch von dem erhobenen fremden Gelde die gehörigen Zinsen bezahle [3]). Ausserdem mufs der Geschäftsführer in der Regel für jeden Grad der Culpa einstehen [4]) und das übernommene Geschäft gehörig zu Ende bringen [5]). Alle diese Rechte des Geschäftsherrn, oder Verbindlichkeiten des Geschäftsführers, werden mit der *actio negotiorum gestorum directa* durchgesetzt. 2) Die Rechte des Geschäftsführers bestehen überhaupt darin, dafs er Schadloshaltung verlangen kann, insonderheit wenn er sich oder sein Vermögen der Geschäfte wegen verbindlich gemacht, oder nothwendige oder nützliche Unkosten verwendet hat. Die Unkosten kann er, das Geschäft mag mit Erfolg begleitet gewesen seyn oder nicht, selbst mit den Zinsen zurückfordern [6]). Der Geschäftsführer verfolgt diese Rechte mit der *actio negotiorum gestorum contraria.*

---

1) §. 1. *I.* 3, 18.

2) Selbst eine bezahlt erhaltene Nichtschuld. *Fr.* 8. §. 1. *Fr.* 23. *D. h. t.*

3) Ueber die hierbei eintretenden Grundsätze vgl. *Fr.* 19. §. 4. *Fr.* 31. §. 3. *Fr.* 37. §. 1. *Fr.* 38. *D. h. t.*

4) Vergl. §. 244. Note 8. — Ueber die Ausnahmen s. *Fr.* 3. §. 9. *D. c.* 17. *C. h. t.* Was die Leistung des zufälligen Schadens betrifft, s. mein Recht der Forder. S. 331.

5) *Fr.* 6. 16. 21. §. 2. *Fr.* 31. §. 2. *D. c.* 20. *C. eod.*

6) *Fr.* 2. *pr. Fr.* 28. 10. 19. §. 4. 37. 45. *D. c.* 18. *C. eod.*

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Von der Gemeinschaft.

§ 318.

Auch aus einer freiwillig oder zufällig [1]) entstandenen Gemeinschaft, oder aus dem ungetheilten Rechte Mehrerer an einer Sache, entstehen persönliche Leistungen, die zu den *Obligationibus quasi ex contracta* gerechnet werden. Sie beziehen sich theils auf die Gemeinschaftsvortheile, d. i. auf den Gewinn, welchen Einer von den mehrern Interessenten aus der Gemeinschaft gezogen hat, theils auf die Gemeinschaftsnachtheile, d. i. sowohl auf die in gutem Glauben verwendeten Unkosten, als auf den der Gemeinschaft zugefügten Schaden. Es gehören dahin die drei so genannten *iudicia divisoria:* 1) *familiae erciscundae*, 2) *communi dividundo* und 3) *finium regundorum* [2]).

§ 319.

I) *Vom iudicium familiae erciscundae.*

§ 5. *I.* III, 28. *Dig.* X, 2. *Cod.* III, 36.

Das *iudicium familiae erciscundae* [1]) setzt eine bisher gemeinschaftlich verwaltete Erbschaft voraus, wobei das wechselseitige Erbrecht anerkannt und ausgemacht ist [2]).

---

1) Ist die Gemeinschaft freiwillig, d. i. durch Vertrag entstanden, so ist *societas* (§. 266. fg.), beruht sie hingegen auf Zufall, *communio incidens* vorhanden.

2) Alle diese Theilungsklagen sind *iudicia duplicia s. mixta Fr.* 2. §. 1. *D.* 10, 3. *Fr.* 37. §. 1. *D.* 44, 7.

1) *Herciscere* heißt so viel als *dividere* und ist wahrscheinlich aus *erctum ciscere* entstanden, wahrscheinlich sagte man ursprünglich *familiam, herctum ciscere.* Vergl. Ernesti *clavis Ciceron. s. h. v.*

2) Sollte Einer von den Interessenten irrthümlich für einen Miterben gehalten seyn: so findet zwar, wenn die Theilung

Es liegt dieser Klage, wie den Theilungsklagen überhaupt, eine doppelte Forderung zum Grunde. Die eine ist auf Theilung der Erbschaft selbst gerichtet und entspringt unmittelbar aus der gesetzlichen Vorschrift [3]); die andere soll aus der bisher gemeinschaftlichen Verwaltung, gleichsam wie aus einem Contracte entspringen und sie gehört eigentlich hierher. Vermöge dieser Forderung kann nemlich 1) Ersatz der Unkosten verlangt werden, die ein Miterbe nach angetretener Erbschaft nothwendig oder nützlich auf die Erbschaft verwendet hat [4]); eben so 2) Vergütung der von einem Miterben aus der Erbschaft entwendeten Sachen [5]) und des sonst durch eine zur Last fallende Culpa (vergl. §. 244. Note 11) zugefügten Schadens, endlich 3) Herausgabe der von einem Miterben aus der Erbschaft gezogenen Früchte und Nutzungen [6]).

---

gerichtlich geschehen ist und das richterliche Urtheil bereits in die Rechtskraft übergegangen ist, keine *indebiti repetitio* Statt, da diese *ob rem iudicatam* ausgeschlossen wird (*Fr.* 36. *D. h. t.*), wohl aber kann vom Richter eine Restitution wider das die Theilung bestimmende Urtheil gebeten und wenn diese erfolgt ist, allerdings die *cond. indebiti* gebraucht werden. Vergl. Hofacker *princ.* §. 3057. (Auf diese Weise ist m. R. d. Forder. S. 336. zu berichtigen.)

3) *Communio est mater nixarum.*

4) *Fr.* 18. §. 3. *D.* c. 18. §. 1. *C. h. t.*

5) Die *actio expilatae hereditatis* (*Dig.* XLVII, 19. *Cod.* IX, 22.) wird nicht gegen den Miterben gestattet. *c.* 3. *C. h. t. c.* 1. *C.* 9, 32.

6) *Fr.* 19. *D. h. t.* „*Iudex prospicere debet, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertinere.*“ — Ueber die sonstigen hier eintretenden Grundsätze, insonderheit über die Fälle, in welchen die Theilungsklage nicht Statt finden kann, s. mein Recht der Forder. S. 337.

Digitized by Google

§. 320.

II) *Vom iudicium communi dividundo.*

§. 3. *I.* III, 28. *Dig.* X, 3. *Cod.* III, 37. 38.

Das *iudicium communi dividundo* setzt eine absichtliche oder zufällige Gemeinschaft einzelner Sachen voraus, und es liegt derselben gleichfalls sowohl die unmittelbar gesetzliche *Obligatio*, welche auf Theilung gerichtet ist, als die andere zum Grunde, welche aus der bisherigen Verwaltung *quasi ex contractu* entsteht und auf die bei der Erbtheilungsklage bemerkten persönlichen Leistungen sich bezieht. Kann der Richter die Theilung nicht bewirken, so mufs er durch einen alternativen Ususfruct, oder durch Versteigerung, oder selbst durch das Loos die Parteien auseinander zu setzen suchen [1]).

§. 321.

III) *Vom iudicium finium regundorum.*

Dig. X, 1. *Cod.* III, 39.

Auch das *iudicium finium regundorum* (Grenzscheidungsklage) beruht auf einer durch Zufall, Arglist [1]) oder Schuld veranlafsten Verwirrung der Grenzen von Feldgrundstücken, herbeigeführten Gemeinschaft und hat eben so, wie die beiden vorhergehenden Klagen, eine doppelte Forderung zu ihrem Zweck und Gegenstand: 1) die Forderung, eine Grenzbestimmung zu verlangen, d. i. eine Theilung unseres Eigenthumes von dem fremden, womit es zufällig vermischt worden ist [2]); 2) die auf die wechselseitigen persönlichen Leistungen der Grenznachbarn gerichtete Forderung, wegen der Früchte, Unkosten und

1) Vergl. *Fr.* 6. §. 10. *Fr.* 7. §. 10. *Fr.* 21. *D. c.* 3. *C. h. t.*

1) *Crimen de termino moto. Dig.* XLVII, 21.

2) *Fr.* 1. 2. §. 1. *D. h. t.*

der durch Schuld veranlafsten Beschädigungen, wobei selbst das Interesse berücksichtigt wird [3]).

Zweiter Abschnitt.
Von den Quasidelicten.

Inst. IV, 5.

§. 322.

Die so genannten Quasidelicte begreifen theils solche Fälle der Forderungen, wo Jemand für den durch die widerrechtliche Handlung eines Andern verursachten Schaden gerade so einstehen mufs, als wenn er sie selbst begangen hätte, jedoch mit Vorbehalt seines Regresses gegen den wirklichen Thäter; theils solche Fälle, die in einer eigenen unerlaubten Handlung ihren Grund haben. Zu der ersten Classe gehören folgende Fälle: 1) die durch ein Herabwerfen oder Ausgiefsen, oder durch ein gefährliches Aushängen oder Ausstellen begründete Obligatio; in jenem Falle findet die *actio de effusis vel deiectis* [1]), in diesem die *a. de periculose positis vel suspensis* [2]) Statt; 2) die Verbindlichkeit des Schiffers, Stall- und Gastwirthes, für die von seinen Leuten geschehene Beschädigung, oder den von ihnen begangenen

3) *Fr.* 4. §. 1. *D. h. t.* „*In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, quod interest.*“ *c.* 1. *C.* 7, 51. „*Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest.*“

1) §. 1. 2. *I.* 4, 5. *T. T. Dig* IX, 3. s. §. 310. Note 1.

2) §. 1. 2. *I. cit. Fr.* 5. §. 6—8. *D.* 9, 3.

Diebstahl einzustehen [3]). Zu der zweiten Classe ist zu rechnen: 1) die Verantwortlichkeit des Richters wegen eines begangenen Versehens (*si iudex litem suam fecerit*) [4]); 2) die Verpflichtung des *Mensor*, der bei dem ihm anvertrauten Geschäft mit Arglist oder grober Schuld zu Werke gegangen ist [5]).

Dritter Abschnitt.

Sonstige Fälle.

---

§. 323.

Ausser den s. g. Quasicontracten und Quasidelicten pflegt man noch mehrere andere Forderungen unter der allgemeinen Rubrik: *variae causarum figurae*, zu erwähnen und darzustellen. Die meisten derselben haben wir bereits in einer andern Verbindung kennen gelernt, namentlich die *actio noxalis*, *de pauperie* und *de pasta* (§. 311.), das *damnum infectum* (§. 310.), die *lex Rhodia de iactu* (§. 260.), die *condictio sine causa* (§. 291.),

---

3) §. 3. *I. eod.* „— — *aliquatenus culpae reus est quod opera malorum hominum uteretur.*“ (Verschieden von dieser *actio poenalis quasi ex delicto* ist die aus der Aufnahme gleichfalls entspringende *actio in factum de recepto* s. §. 326.

4) *Pr. I.* 4, 5. *Fr.* 5. §. 4. *D.* 44, 7. *Fr.* 6. *D.* 50, 13. (Fällt dem Richter *dolus* oder *culpa lata* zur Last, so ist er geradezu *ex delicto* verbindlich und es findet die s. g. Syndicatsklage (*remedium syndicatus*) wider ihn Statt.

5) *T. T. Dig.* XI, 6. (vergl. §. 244. Note 9.)

Digitized by Google

die *actio exercitoria* und *institoria* (§. 265.) u. s. w. Wir wollen daher gegenwärtig nur noch etwas über die *actio ad exhibendum*, über die *actio funeraria* und über die *actio de recepto* nachtragen.

§. 324.

I) *Von der actio ad exhibendum.*

Dig. X, 4. *Cod.* III, 42.

Die Forderung und Klage ist auf Vorzeigung einer gewissen Sache oder Urkunde, bisweilen auch auf Trennung unserer mit der Sache eines Andern verbundenen Sache gerichtet. In der letztern Hinsicht ist bereits oben (§. 130.) davon die Rede gewesen, in der ersteren aber mufs hier noch Einiges darüber bemerkt werden. Die Klage geht vielen nicht blofs dinglichen, sondern auch persönlichen Ansprüchen als vorbereitendes Rechtsmittel voraus [1]) und es treten dabei jederzeit folgende Erfordernisse ein: 1) der Kläger mufs ein gegründetes und von ihm bescheinigtes Interesse bei der Vorzeigung haben und dieses ist der Fall, wenn er entweder schon eine Klage hat, die er aber nur nach geschehener Vorzeigung der Sache gerichtlich verfolgen kann, oder wenn er dadurch eine Klage zu erlangen hofft [2]). 2) Der Kläger darf dieses Rechtsmittels nicht unwürdig seyn, namentlich also nicht betrügerisch aufgehört haben zu besitzen; 3) er mufs die unterscheidenden Merkmale der vorzuzeigenden Sache anzugeben im Stande seyn. Unter diesen Voraussetzungen findet die Klage gegen jeden wirklichen oder fingirten Besitzer der befragten Sache Statt, es ist eine *actio in rem scripta*; gegen den Erben aber nur in sofern er wirklich besitzt, oder durch den Betrug seines Erblassers

1) Insonderheit ist dieses bei der *rei vindicatio* der Fall. *Fr.* 3. §. 3. *D. h. t.* Vergl. §. 168. a. E.

2) Vergl. *Fr.* 3. §. 10. *D. eod.*

Digitized by Google

reicher geworden ist [3]). Die Vorzeigung erfolgt übrigens auf Kosten des Klägers, und wenn sie *dolose* verweigert wird, mufs das durch den Schätzungseid des Klägers zu bestimmende Interesse geleistet werden.

§. 325.

II) *Von der actio funeraria.*

Dig. XI, 7. *Cod.* III, 44.

Wenn Jemand im Namen dessen, der dieses eigentlich hätte besorgen müssen [1]), wenn gleich wider den Willen, ja wider das ausdrückliche Verbot desselben, gewöhnliche Unkosten auf die Beerdigung einer Leiche verwendet hat, in der Absicht die Wiedererstattung derselben zu verlangen; so wird ihm und seinen Erben die *actio funeraria* gegen den ertheilt, in dessen Namen die Unkosten verwendet sind (auch gegen die Erben desselben) damit die gehabten Unkosten vergütet werden. Diese Klage ist in vielen Fällen nichts weiter, als die *actio negotiorum gestorum*, angewendet auf die Besorgung eines Begräbnisses.

§. 326.

III) *Von der actio de recepto.*

Dig. IV, 9.

Wenn Schiffer, Stall- und Gastwirthe Sachen Jemandes aufgenommen (recipirt) haben, so müssen sie den Reisenden für allen, auch selbst ohne ihre Schuld zugefügten Schaden einstehen, ausgenommen, wenn etwas durch ein unabwendbares Schicksal (*damnum fatale*) zu

---

3) *Fr.* 12. §. 6. *D. eod.*

1) Ueber die Frage: wem eigentlich die Verbindlichkeit die Leichenkosten zu übernehmen obliegt? s. mein Recht der Forder. S. 349.

Digitized by Google

Grunde gieng [1]). Es unterscheidet sich diese *actio de recepto* von der oben (§. 322.) erwähnten Verbindlichkeit der Schiffer, Stall- und Gastwirthe, für die Beschädigung oder den Diebstahl ihrer Leute einzustehen, welche mit einer *actio in factum quasi ex delicto* durchgesetzt wird, dadurch, dafs 1) dieselbe auch wegen der Handlungen blofs einsprechender Gäste (*qui hospitio repentino recipiuntur*) und der Schiffspassagiere Statt findet [2]); 2) dafs sie nicht auf das Doppelte gerichtet ist, aber eben deshalb auch wider die Erben angestellt werden kann [3]).

Zweiter Hauptabschnitt.

Von der allgemeinen Beendigung der bürgerlichen Forderungen.

Inst. III, 29 (30). *Dig.* XLVI, 3. *Cod.* VIII, 43.

§. 327.

Vorerinnerung.

Die bisher ihrer Entstehung und ihren Wirkungen nach beschriebenen bürgerlichen Forderungen werden aufgelöset: entweder von Rechtswegen (*ipso iure*), d. h. so, dafs die Auflösung sich von selbst durch einen gewissen Umstand ereignet und nicht erst durch eine angestellte Klage oder vorgeschützte Einrede herbeigeführt zu werden braucht; oder nicht, sondern die Auflösung

1) *Fr.* 3. §. 1. *D. h. t.* 2) *Fr.* 1. §. 8, *Fr.* 2. *D. eod.*
3) *Fr.* 7. §. 1. 6. *Fr.* 3. §. 4. *D. eod.*

Digitized by Google

mufs entweder durch eine Klage auf Rescission und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (vgl. §. 48. Note 4), oder durch eine die Forderung entkräftende Einrede begründet werden. Es läfst sich also überhaupt eine dreifache Art der Beendigung annehmen: 1) von Rechtswegen, 2) durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 3) durch eine vorgeschützte Einrede.

Erstes Hauptstück.

Von der Aufhebung die von Rechtswegen (ipso iure) geschieht.

Erster Abschnitt.

Von der Novation.

§. 5. *I.* III, 30. *Dig.* XLVI, 2. *Cod.* VIII, 42. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 20.

§. 328.

Umschaffung (*novatio*) ist im Allgemeinen der Vertrag, wodurch entweder eine alte Forderung aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt wird, oder wodurch eine alte Forderung blofs neue Bestimmungen und Zusätze erhält. In jenem Falle ist eine von den neuern Juristen so genannte privative, in diesem eine s. g. cumulative Novation vorhanden. Die erstere gehört eigentlich und ausschliessend hierher, denn es wird durch sie jederzeit die ältere Forderung aufgehoben und mit ihr zugleich jede Accession derselben [1]).

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Novatio est prioris debiti in alium obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc*

§. 329.

I) *Wesentliche Erfordernisse.*

A) Von der neuen Forderung, welche an die Stelle der alten tritt.

1) Form der Novation.

Was die Form der s. g. privativen Novation betrifft, so geschah dieselbe bei den Römern in der Regel durch Stipulation [1]; ein blosser Vertrag war nicht hinreichend, die vorhergehende *obligatio civilis* von Rechtswegen aufzuheben, sondern nur in gewissen Fällen mittelst einer vorzuschützenden Einrede (vgl. §. 49). Indessen konnte doch Ausnahmsweise auch dadurch eine Novation bewirkt werden, wenn sich Jemand ohne Noth in einen fremden Rechtsstreit einliefs [2]. Die Stipulation, als die gewöhnliche Form der Novation, konnte entweder unbedingt und auf eine gewisse Zeit, oder bedingt geschehen. Bei der unbedingt und auf eine gewisse Zeit geschehenen Novation, wurde zwar die vorige *obligatio* augenblicklich novirt und aufgehoben, wiewohl im letztern Falle nicht eher, als bis die der Stipulation hinzugefügte Zeit eingetreten war, geklagt werden konnte [3]. Bei der bedingten Stipulation gieng natürlich die Novation erst mit eingetretener Bedingung vor sich [4]. Wurde die vorher bedingte Forderung unbedingt novirt, so wurde im Zweifel die vorige Bedingung als stillschweigend wiederholt betrachtet [5].

---

est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur." Die privative Novation wird vorzugsweise von den Römern *novatio voluntaria* genannt. Vergl. Thibaut §. 935.

1) *Fr.* 1. §. 1. *Fr.* 2. *D. h. t.* „*Qualiscunque obligatio sit quae praecessit, novari verbis potest.*"

2) *Fr.* 11. 5. 1. *D. eod.*

3) *Fr.* 5. 8. §. 1. *D. eod.*

4) *Fr.* 8. §. 1. 2. *D. eod.*

5) *Fr.* 14. §. 1. *D. eod.*

Digitized by Google

§. 330.

2) Gegenstand der neuen Forderung.

Der Gegenstand der neuen Forderung kann entweder derselbe seyn, welcher der vorigen zum Grunde lag, oder ein anderer [1]). Mit dem Willen des Gläubigers kann ihm nemlich auch ein anderes, als das ursprünglich schuldige Object gültig geleistet werden, der bekannten Regel zufolge: *aliud pro alio volenti creditori recte solvitur.* Eine Ausnahme tritt natürlich alsdann ein, wenn der Gegenstand rein persönlich ist und nicht auf einen Andern übergehen kann, wie z. B. der Ususfruct [2]).

§. 331.

3) Dabei vorkommende Subjecte.

a) Im Allgemeinen.

Wenn man die bei der privativen Novation vorkommenden Subjecte im Allgemeinen betrachtet, so sind darüber folgende Grundsätze zu bemerken: 1) Jeder Gläubiger, welcher freie Verwaltung seines Vermögens hat, kann auch gültig das vorige obligatorische Verhältnifs aufheben und ein neues an dessen Stelle setzen. Ein Anderer als der Gläubiger hat jedoch in der Regel dieses Recht nicht, ausgenommen, wenn er rechtlich als Eigenthümer betrachtet wird, oder mit dem Willen des Gläubigers das Vermögen desselben verwaltet [1]); 2) jeder Schuldner, dem die Verwaltung seines Vermögens nicht untersagt ist, kann noviren, aber auch ein jeder Anderer für ihn. In dem letztern Falle ist es völlig einerlei, ob der dritte Intervenient im Stande ist, Zahlung zu leisten, oder nicht, wenn er nur eine bürgerliche oder natürliche Schuld einzugehen befugt ist [2]).

§. 332.

---

1) Vergl. *Fr.* 28. *D. h. t.* 2) *Fr. 4. D. eod.*

1) *Fr.* 3, 20. *D. h. t.* 2) *Fr.* 1. §. 1. *D. h. t.* §. 3. *I.* 3, 30.

Digitized by Google

§. 332.

b) Insonderheit von der Expromission und Delegation.

Wenn bei der privativen Novation der vorige Gläubiger und Schuldner unverändert bleiben und die Umschaffung sich blofs auf den obligatorischen Grund, oder auf den Gegenstand der Leistung bezieht, so ist *novatio simplex*, wenn aber die Person des Schuldners dabei geändert wird, *expromissio* und *delegatio* vorhanden. Expromission ist nemlich der Vertrag, wodurch Jemand die Verbindlichkeit eines Schuldners schlechthin und nicht blofs subsidiarisch übernimmt. Der bisheriger Schuldner wird dadurch auch wider Wissen und Willen von seiner Verbindlichkeit befreiet, auf eben die Art, als wenn ein Dritter für ihn Zahlung geleistet hätte [1]). Eine besondere Art davon macht die Delegation aus, welche eintritt, wenn der bisherige Schuldner sich einen Andern mit dessen und des Gläubigers Zufriedenheit substituirt [2]). Es begreift dieses Geschäft einen doppelten Vertrag, nemlich ein blosses Mandat des bisherigen Schuldners (des Delegantens) an den, der an seine Stelle treten

1) *Fr.* 8. *in f. D. h. t. Fr.* 91. *D.* 46, 3.

2) *Fr.* 11. *pr. D. h. t.* „*Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel alii, cui* (*creditor*) *iusserit.*“ Die Delegation darf nicht mit der Assignation verwechselt werden, wodurch der Gläubiger dem Schuldner eine andere Person zur Annahme der Zahlung anweiset, oder umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger zur Leistung derselben, und wodurch die *obligatio* selbst weder activ noch passiv übertragen wird. Eben so wenig mit der Cession, wodurch die Person des Gläubigers (s. §. 227. Note 2.) verändert wird. Würffel in d. *iurispr. definitiva* §. 721. bemerkt sehr richtig: „*Sunt qui delegationis ac cessionis limitis maxime confundunt. Sed per per delegationem debitor, per cessionem creditor mutatur; delegatio fit novatione, cessio non item.*“

soll (des Delegaten) [3], und sodann die feierliche Novation [4] selbst zwischen dem Letztern und dem Gläubiger, welchem delegirt wird (dem Delegatar) [5].

§. 333.

B) Sonstige Erfordernisse.

Da die privative Novation die Stelle der wirklichen Zahlung vertritt, so versteht es sich hinsichtlich der alten Verbindlichkeit, welche durch die neue aufgehoben werden soll, von selbst, dafs jede vorausgegangene Verbindlichkeit, wie sie auch entstanden sey, sowohl eine *obligatio naturalis* als *civilis*, novirt werden könne [1]. Ausser der neuen und alten Verbindlichkeit wird aber endlich auch die wirkliche Absicht noviren zu wollen (*animus novandi*) vorausgesetzt [2], und Justinian hat verordnet, dafs nicht anders eine privative Novation der alten Forderung angenommen werden soll, als wenn dieses ausdrücklich unter den Contrahenten ausgemacht worden ist [3].

§. 334.

II) *Wirkungen.*

Die Wirkungen der gehörig erfolgten Novation sind folgende: 1) es wird dadurch ein neues obligatorisches Verhältnifs begründet. Bei der Delegation insonderheit

---

3) *Fr.* 45. §. 7. *D.* 17, 1.

4) H. z. T. ist dazu ein blosser Vertrag hinreichend.

5) *c.* 1. *C. h. t.*

1) *Fr.* 1. 2. *D. h. t.*

2) *Fr.* 8. §. 2. *D. Fr.* 28. *D. c.* 3. *in f. C. h. t.*

3) §. 3. *I.* 3, 20. *c.* 8. *C. h. t.* Ehemals war der Beweis dieser Absicht sehr schwankend und ungewifs. Wenn daher eine Pandektenstelle, wie z. B. *Fr.* 44. §. 6. *D.* 44, 7. keine ausdrückliche Convention erfordert, so ist dieselbe für antiquirt zu halten.

Digitized by Google

ist der neue Schuldner ohne Ausnahme dem Gläubiger gehalten, so dafs er so wenig die Einreden, welche vorher dem alten Schuldner (Deleganten) zustanden, vorschützen kann [1], als diejenigen, welche er früherhin gegen den alten Schuldner, als seinen Gläubiger, gebrauchen konnte [2]. Es versteht sich jedoch von selbst, dafs, wenn die Einrede eben so gut vor, als nach geschehener Delegation, sowohl in der Person des vorigen Schuldners, als des neuen begründet ist, dieselbe nach wie vor gebraucht werden kann [3]. 2) Das alte obligatorische Verhältnifs wird dadurch mit allen seinen Accessionen aufgehoben [4], selbst dann, wenn bei der Expromission und Delegation insonderheit, der neue Schuldner zahlungsunfähig seyn sollte [5]; der Gläubiger müfste sich denn auf diesen Fall sein Recht gegen den alten Schuldner ausdrücklich vorbehalten haben [6].

Zweiter Abschnitt.

Von der Aufhebung ohne Novation.

§. 335.

I) *Durch veränderten Zustand.*

A) Untergang der schuldigen Sache.

Durch den Untergang der schuldigen Sache wird der Schuldner sowohl von der Leistung der schuldigen Sache selbst, als ihres Werthes befreiet, die Sache mag physisch

1) *Fr.* 19. *D. h. t.* 2) 12. 13. *D. eod.*
3) Vergl. *Fr.* 19. *D. cit.*
4) §. 3. *I. Fr.* 1. *pr.* 18. *D. c.* 4. *C. h. t.*
5) *c.* 3. *in f. C. eod.* 6) *Fr.* 45. §. 7. *D.* 17, 1.

zu Grunde gegangen seyn oder durch Specification aufgehört haben eine Sache derselben Art zu seyn [1]). Es wird jedoch vorausgesetzt, dafs der Gegenstand der Forderung eine bestimmte Sache (*species*) war, die als solche untergehen konnte, also keine Sache, die blofs der Gattung oder Quantität nach den Gegenstand einer Forderung ausmachte [2]). Nur wenn dem Schuldner Culpa oder Mora zur Last fällt, dauert, nach dem bekannten Grundsatze: *culpa et mora perpetuant abligationem* (s. §. 235. Note 1.), die auf den Werth der Sache gerichtete Forderung auch nachher noch fort; die Sache müfste denn auf dieselbe Weise auch beim Gläubiger untergegangen seyn [3]).

§. 336.

B) Confusion.

Confusio ist vorhanden, so oft das Verhältnifs als Gläubiger und als Schuldner in derselben Person zusammentrifft, und dadurch das ganze obligatorische Verhältnifs in einen so veränderten Zustand geräth, dafs es in demselben nicht hätte beginnen können. Auf diese Weise kann nun sowohl die Haupt- und Nebenverbindlichkeit zusammen, als auch blofs die Nebenverbindlichkeit (Bürg-

---

1) §. 1. *I.* 3, 20. *Fr.* 82. §. 1. *Fr.* 91. *D.* 45, 1. — Bei der mit der Species sich zugetragenen Veränderung, tritt die *obligatio* auch durch den wieder hergestellten vorigen Zustand nicht wieder ein, es müfste denn die Veränderung in der Absicht, die Sache ganz in der vorigen Gestalt wieder herzustellen, vorgenommen worden seyn. *Fr.* 98. §. 8. *D.* 46, 3. Konopak Institut. §. 576.

2) Vgl. *c.* 11. *C.* 4, 2. „*Incendium aere alieno non exuit debitorem.*“

3) *Fr.* 14. §. 1. *D.* 16, 3. vergl. *Fr.* 15. §. 3. *D.* 6, 1. — Ueber die bei einer alternativen Forderung hinsichtlich des zufälligen Untergangs eintretenden Grundsätze s. mein Recht der Forder. S. 371.

Digitized by Google

schaft) aufgehoben werden, wenn die letztere mit der *obligatio principalis* in einer Person vereinigt wird [1]).

§. 337.

C) Zusammentreffen unentgeltlicher Erwerbgründe (*concursus causarum lucrativarum*).

So oft Jemand eine Sache aus einem unentgeltlichen Grunde bereits erworben hat, kann er dieselbe nicht mehr aus einem andern unentgeltlichen Grunde erwerben, er müfste denn sein Eigenthum aus dem ersten Grunde wieder verloren haben. Es gilt hier die bekannte Regel: *duae causae lucrativae concurrere in eundem hominem et eandem rem non possunt* [1]). Der Schuldner wird daher auf diese Art von seiner Leistung befreiet, wenn die Sache, welche er aus einem unentgeltlichen Grunde leisten soll, schon vorher auf den Gläubiger, gleichfalls aus einem lucrativen Grunde, bleibend gekommen ist [2]).

§. 338.

II) *Durch Leistung des schuldigen Gegenstandes* (per solutionem).

A) Von der wahren Solution.

Wahre Solution ist natürlich vorhanden, wenn der schuldige Gegenstand wirklich geleistet wird. Derjenige mufs aber bezahlen oder leisten, welcher schuldig ist, wiewohl auch ein Anderer selbst wider Wissen und Willen des Schuldners, den Gläubiger befriedigen kann [1]). Die Solution geschieht in der Regel dem Gläubiger selbst und

---

1) *Fr.* 75. 95. §. 2. *D.* 46, 3. *Fr.* 34. §. 8. *Fr.* 93. §. 2. 3. *D.* 46, 3.

1) §. 6. *I.* 2, 20.

2) *Fr.* 17. *D.* 44, 7. *Fr.* 33. §. 6. *D.* 45, 1. *Fr.* 61. *D.* 46, 3.

1) *pr. I.* 3, 30. *Fr.* 23. 40. 53. *D.* 46, 3.

Digitized by Google

einem Andern nur mit dessen Bewilligung [2]). Eben so kann auch wider den Willen des Gläubigers keine andere Sache den Gegenstand der Leistung ausmachen, als worauf die Verbindlichkeit selbst gerichtet ist [3]). In gewissen Fällen mufs übrigens dem Schuldner von seinem Vermögen wenigstens so viel gelassen werden, dafs er den nöthigen standesmäfsigen Lebensunterhalt übrig behält (*Beneficium competentiae*) [4]).

§. 339.

B) Von der gesetzlich angenommenen Solution.

Zu der gesetzlich angenommenen Solution gehört: 1) die *obsignatio et depositio iudicialis;* wenn nemlich der Schuldner seinem Gläubiger gesetzmäfsig vor Zeugen die Bezahlung der Schuld anbietet, dieser aber sich weigert, sie anzunehmen, so kann nun der Schuldner sich dadurch von seiner Verbindlichkeit befreien, dafs er das zur Bezahlung angebotene Geld versiegeln und gerichtlich deponiren läfst [1]). 2) Das Geben an Zahlungsstatt (*datio in solutum*); welches eintritt, wenn der Schuldner, der durchaus nicht im Stande ist, eine schuldige Geldsumme zu bezahlen, dem dringend mahnenden Gläubiger seine besten Sachen anbietet und nach einer gerichtlichen Schätzung überläfst [2]). 3) Die Compensation [3]), wenn statt

---

2) *c.* 12. *C.* 8, 43. *Fr.* 39. *D.* 3, 5. *Fr.* 12. *D.* 46, 3.

3) *Fr.* 2. § 1. *D.* 12, 1. *Fr.* 1. §. 5. *D.* 13, 5. *Fr.* 49. *D.* 46, 3.

4) Ueber die dahin gehörenden einzelnen Fälle s. mein R. d. Ford. S. 376. — Besondere Grundsätze treten hinsichtlich der Anrechnung des Bezahlten ein, wenn ein und derselbe Schuldner dem nemlichen Gläubiger mehrere Posten schuldig ist, und nicht alle auf einmal bezahlt. *Fr.* 3. 4. 5. 97. 103. *D.* 46, 3. *c.* 1. *C.* 8, 43. *c.* 21. *C.* 4, 32.

1) *c.* 9. *C.* 8, 43. vgl. *Fr.* 72. *pr. D.* 46, 3. *c.* 19. *C.* 4, 32.

2) *Nov.* IV. *c.* 3.

3) *Dig.* XVI, 2. *Cod.* IV, 31. Vgl. m. R. d. Ford. §. 181.

Digitized by Google

der Zahlung mit einer Gegenschuld des Gläubigers abgerechnet wird [4]). Eine natürliche Gegenforderung ist dazu hinreichend, nur mufs die Schuld wechselseitig und so beschaffen seyn, dafs ohne Nachtheil die eine an die Stelle der andern treten kann. Die Wirkung ist wieder, wie überhaupt, Aufhebung der Verbindlichkeit mit ihren Accessionen, entweder ganz, oder bis auf die concurrente Summe. 4) Die Acceptilation [5]), worunter eine Stipulation zu verstehen ist, wodurch eine durch Stipulation zu Stande gekommene Forderung wieder aufgehoben wird [6]).

§. 340.

III) *Durch wechselseitigen Dissens.*

So oft Forderungen durch blosse wechselseitige Einwilligung zu Stande gekommen sind, sollen sie auch durch einen blossen entgegengesetzten Willen (*mutuo dissensu*) wieder aufgehoben werden können. Es gilt dieser Grundsatz jedoch nur so lange, als die Erfüllung noch nicht angefangen oder vollendet ist [1]).

---

4) *Fr.* 1. *D.* 16, 2. „*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.*“

5) *Dig.* XLVI, 4. *Cod.* VIII, 44.

6) §. 1. *I.* 3, 29. *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio.*“ — Ueber die s. g. *stipulatio Aquiliana* vergl. §. 2. *I.* 3, 20, *Fr.* 4. *D.* 2, 15. Hugo civilist. Mag. II, 19.

1) §. 4. I. 3, 20. — — „*obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur.*“ *Fr.* 58. *D.* 2, 14.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von der Aufhebung der Forderungen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Restitutio in integrum).

Erster Abschnitt.

Von der Restitution überhaupt.

Dig. IV, 1. — Donellus *Libr.* XIV. *c.* 9—12.

§. 341.

I) *Allgemeine Grundsätze.*

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist überhaupt vorhanden, so oft der Billigkeit wegen das durch ein gültiges Rechtsgeschäft verlorene Recht, oder die dadurch verlorene Sache wieder erlangt wird. Als Rechtsmittel betrachtet, ist darunter das Gesuch zu verstehen, wodurch um völlige Wiederherstellung des vorigen Zustandes gebeten wird. Dieses Gesuch kann aber sowohl durch eine angestellte Klage, als auch durch eine Einrede u. s. w. angebracht werden. Die Wiedereinsetzung wird nicht blofs dem Verletzten selbst, sondern auch dessen Erben, Stellvertreter (insonderheit dem Cessionar) und Bürgen gestattet [1]) und das Gesuch derselben wird in der Regel nur gegen denjenigen gerichtet, von welchem die Verletzung herrührt, vorausgesetzt, dafs es keine Person ist, der man eine besondere Ehrerbietung zu erweisen schuldig ist [2]). Die Wirkung der erfolgten Restitution läfst

1) *Fr* 6. *D.* 4, 1. *Fr.* 18. §. 5. *Fr.* 24. *D.* 4, 4.

2) *c.* 2. *C.* 2, 42.

Digitized by Google

sich leicht bestimmen: Jeder Theil erhält dadurch das Seinige mit allem Zubehör, gegen Erstattung der darauf verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten zurück, das verlorene frühere Recht lebt wieder auf, und die übernommene Verpflichtung wird nunmehr aufgehoben [3]).

§. 342.

II) *Arten der Restitution.*

Vorzüglich wurde die Wiedereinsetzung von den Prätoren ertheilt, welche, wie überall, so auch hier, das Verhältnifs der Billigkeit befolgend, den durch die Strenge des Rechts ohne ihre Schuld Verletzten zu Hülfe kamen, im Fall die Verletzung aus dem befragten Geschäfte selbst entsprungen und von einiger Bedeutung war [1]) und kein anderes eben so wirksames Rechtsmittel Statt fand [2]). In gewissen Fällen ertheilte auch das ädilitische Edict eine solche auf Billigkeit gegründete Restitution und dahin gehörte namentlich die oben (§. 250) dargestellte Redhibition beim Kaufcontracte. Endlich wurden späterhin auch durch kaiserliche Verordnungen, also durch das eigentliche Civilrecht, mehrere Restitutionen gestattet [3]). Gegenwärtig bleiben wir blofs bei den im prätorischen Edict vorkom-

---

3) Vergl. *Fr.* 24. §. 4. *D.* 4, 4. *c. un. pr.* §. 1. 2. *C.* 2, 48.

1) *Fr.* 4. *D.* 4, 1. 2) *Fr.* 16. *pr. D.* 4, 4.

3) Dahin vorzüglich die Restitution *ob laesionem enormem in venditione* (§. 253.) die Restit. gegen ein nach falschen Urkunden gesprochenes Urtheil (*Fr.* 33. *D.* 42, 1. vergl. jedoch *T. T. C.* VII, 58.) gegen einen Meineid und durch neu aufgefundene Urkunden als falsch dargestellten Haupteid; die Restitution der Forderung des Gläubigers, wenn der Schuldner durch die weibliche Intercession von aller Verbindlichkeit befreit worden ist (§. 350.), und endlich die Restitution des *Suus* gegen die Ausschlagung der väterlichen Erbschaft. *c.* 6. *C.* 6, 31.

Digitized by Google

menden Fällen der Wiedereinsetzung stehen; welche, als Klagen betrachtet, hinsichtlich ihrer Dauer gewöhnlich an einen Zeitraum von vier Jahren gebunden waren [4]).

Zweiter Abschnitt.

Von den prätorischen Restitutionen insonderheit.

§. 343.

I) *Wiedereinsetzung wegen Furcht und Gewalt.*

Dig. IV, 2. *Cod.* II, 20.

Furcht ist der durch die unerlaubte Gewalt eines Andern erzeugte Gedanke an ein bevorstehendes physisches Uebel, wodurch man zu einer Handlung bestimmt wird, die man sonst nicht vorgenommen haben würde. Furcht und Gewalt fand nun entweder bei einem *negotium bonae fidei* oder *stricti iuris* Statt; dort war das Geschäft von Rechtswegen nichtig und es bedurfte gar keiner Wiedereinsetzung [1]), hier aber hob der Prätor das nach strengem Rechte gültige Geschäft wieder auf [2]), so oft die Furcht von der Art war, dafs sie nicht auf einer leeren Einbildung beruhte und die Gewalt als eine ungerechte erschien, die zu einem nachtheiligen Thun oder Lassen bestimmt hatte [3]) Da h. z. T. der Billigkeit gemäfs, alle Geschäfte,

4) *c.* 7. *pr. C.* 2, 53.

1) *Fr.* 116. *D.* 50, 17. *Fr.* 21. §. 3. *D. h. t.*

2) *Fr.* 1. *pr. D. h. t.* „*Ait Praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*“

3) *c.* 6. 9. 10. *C. Fr.* 7. *pr. D. h. t.* „*Metum non iactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit.*“ Der blofse *Metus reverentialis, infamiae* u. s. w. ist nicht hinreichend.

Digitized by Google

wobei Furcht und Gewalt vorgefallen ist, von Rechtswegen ungültig sind, so fällt zwar die *restitutio ex capite metus* bei uns weg, wohl aber kann von der *Actio quod metus causa* noch jetzt Gebrauch gemacht werden, sofern sie blofs auf Wiedererlangung der Sache selbst und nicht auf Bestrafung gerichtet ist. Diese Klage wird nicht blofs gegen den angestellt, welcher die durch Gewalt erzeugte Furcht gleich Anfangs herbeigeführt hat, sondern auch gegen jeden Besitzer der dadurch entrissenen Sache und gegen Jeden, der davon Gewinn gezogen hat (*actio in rem scripta*) [4]), und sie wird in der gewöhnlichen Zeit verjährt. Eben so findet eine *exceptio vis atque metus* Statt, wenn die solchergestalt versprochene Sache noch nicht übergeben ist.

§. 344.

II) *Wiedereinsetzung wegen eines begangenen Betruges.*

Dig. IV, 3. *Cod.* II, 21.

Auch wegen eines begangenen Betruges waren die Geschäfte des strengen Rechts, wenn defshalb nichts ausdrücklich stipulirt worden, nicht ungültig; der Prätor versprach aber, dem Betrogenen gegen den Betrüger und dessen durch den Betrug bereicherte Erben die *actio de dolo malo* gestatten, und das wegen eines in wesentlichen Stücken vorgefallenen Betruges (*dolus causam dans*) eingegangene Geschäft wieder aufheben zu wollen [1]). Abgesehen von der ehemaligen Beziehung auf die Geschäfte des strengen Rechts, findet die *actio de dolo* noch h. z. T. statt und unterscheidet sich darin von der blossen *actio*

4) *Fr.* 14. § 3. *D. h. t.* — Ueber die Grundsätze, welche eintreten, wenn die durch Gewalt und Furcht verlorne Sache zu Grunde gegangen ist, vergl. Thibaut §. 1007.

1) *Fr.* 1. *pr.* §. 1. *Fr.* 18. *D. h. t.* Das auf die Klage erfolgende Urtheil war mit Infamie verbunden. *Fr.* 1. §. 4. *D. eod.*

Digitized by Google

in factum, dafs sie gegen jeden Einzelnen von mehrern Betrügern auf das Ganze (*in solidum*) gerichtet werden kann und an die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren gebunden ist [2]). Gegen die Erben kann nur, so weit sie durch den Betrug bereichert sind, geklagt werden [3]).

§ 345.

III) *Wiedereinsetzung wegen minderjährigen Alters.*

Dig. IV, 4. *Cod.* II, 22.

A) Wem steht die Wohlthat des minderjährigen Alters zu?

Die Wohlthat des minderjährigen Alters steht den Minderjährigen nicht blofs bis nach vollständig zurückgelegter Minderjährigkeit [1]), sondern auch vier Jahre nachher noch zu [2]), in Hinsicht auf alle während der Minderjährigkeit vorgenommenen Geschäfte, wodurch sie an ihrem Vermögen beeinträchtigt worden sind. Ausserdem soll aber auch den Erben und Bürgen des Minderjährigen die Wohlthat der Wiedereinsetzung, jedoch unter mehrern speciellen Bestimmungen [3]), zu Theil werden. Auch die *civitas* und *respublica* soll nach dem Beispiel

---

2) *c.* 8. *C. h. t.*

3) Die *alienatio iudicii mutandi causa facta* (*Dig.* IV, 7. *Cod.* II, 55.) und die *actio Pauliana* (*Dig.* XLII, 8. *Cod.* VII, 75.) können hier als ausgezeichnete Arten des Betruges erwähnt werden.

1) Die Zeit der Minderjährigkeit wird *naturaliter* berechnet. *Fr.* 3. §. 3. *D. h. t.*

2) *c.* 7. *C.* 2, 53.

3) *Fr.* 18. §. 5. *Fr.* 19. *D.* 4, 4. *c.* 2. *C.* 2, 24. *Fr.* 13. *pr. D.* 4, 4. Dritten Personen, insonderheit Gesellschaftern, ist die Restitution nur dann vortheilhaft, wenn sie ein ungetheiltes Interesse haben. *c. un. C.* 2, 28. *Fr.* 29. 47. *D.* 4, 4. *Fr.* 4. §. 4. *D.* 8, 5. *Fr.* 10. *D.* 8, 6.

Digitized by Google

der Minderjährigen die Wohlthat der Restitution dergestalt genieſsen, daſs das Quadriennium vom Augenblick der in Erfahrung gebrachten Verletzung berechnet wird [4]).

§. 346.

B) Gegen wen findet die Wohlthat Statt und in welchen Fällen?

Der Minderjährige soll gegen den, mit welchem er das ihm nachtheilige Geschäft eingegangen hat, nicht aber gegen einen dritten Besitzer der von ihm veräusserten Sache restituirt werden [1]). Die Restitution findet Statt bei allen Geschäften, wobei der Minderjährige wirklich verletzt worden ist, sowohl bei gerichtlichen als aussergerichtlichen [2]). Die Verletzung muſs jedoch aus dem befragten Geschäft nicht zufällig entstanden, sondern gleich Anfangs vorhanden gewesen seyn [3]) und wieder kein ordentliches Rechtsmittel Statt finden [4]). Uebrigens ist es einerlei, ob die Verletzung dadurch entstanden ist, daſs der Minderjährige eine Handlung vorgenommen, oder dadurch, daſs er sie unterlassen hat [5]); ob er *paterfamilias* oder *filiusfamilias* ist, eine Würde bekleidet, oder nicht.

---

4) *c.* 3. *C.* 11, 29. *c.* 4. *C.* 2, 54.

1) Die Klage ist also nicht *in rem scripta;* der Dritte müſste denn die Verletzung gewuſst und in bösem Glauben die Sache erworben haben, oder der Minderjährige, wegen eines besonders Interesses, nicht anders als durch die Sache selbst befriedigt werden können. *Fr.* 9. *pr. Fr.* 13. §. 1. *Fr.* 14. 35. 39. §. 1. *D. h. t.*

2) Bei gerichtlichen Geschäften müssen jedoch vor allen Dingen die Vormünder in Anspruch genommen werden. *c.* 13. *in f. C.* 3, 1.

3) *Fr.* 44. *D. h. t.*

4) *Fr.* 16. *pr. D. eod.*

5) *c.* 1. §. 3. *C.* 2, 23. *c.* 1. *C.* 2, 42. *Fr.* 1. §. 3. *D. h. t.*

Digitized by Google

§. 347.

C) In welchen Fällen findet die Wohlthat nicht Statt?

Die Wohlthat der Wiedereinsetzung fällt weg: 1) bei Verbrechen und widerrechtlichen Handlungen des Minderjährigen [1]; 2) bei Geschäften, wobei keine Verletzung und kein Verlust eines Vortheiles in Betracht kommt; welche überhaupt das Vermögen nicht unmittelbar betreffen; 3) bei Geschäften, welche die Kunst oder Wissenschaft voraussetzen, zu welcher der Minderjährige sich öffentlich bekennet [2]; 4) bei Geschäften, wobei der Minderjährige sich arglistig für grofsjährig ausgegeben hat [3]; 5) bei Geschäften die er mit seinem Eide bestärkt hat [4]; 6) bei Geschäften, die der Minderjährige, nachdem er grofsjährig geworden ist, oder nachdem er *venia aetatis* erlangt, genehmigt hat [5]; endlich 6) kann auch aus mehrern subjectiven Gründen Wiedereinsetzung nicht verlangt werden, insonderheit gegen die natürlichen Aeltern [6] und selbst gegen Minderjährige [7].

§. 348.

IV) *Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit und wegen Irrthumes* [1].

Dig. IV, 6. *Cod.* II, 52. 54.

Auch wenn durch Abwesenheit, oder durch ein sonstiges ihr ähnliches factisches Hindernifs, wodurch Jemand

1) Vergl. *Fr.* 9. §. 1. *D. h. t.*

2) Vgl. Weber von d. natürl. Verbindl. §. 64. Note 7.

3) *c.* 1. 2. 3. *C.* 2, 43.

4) *c.* 1. und *Auth.* „*Sacramenta puberum.*“ *C.* 2, 28.

5) *c.* 1. *C.* 2, 45.

6) *c.* 2. 3. §. 5. 6. *C.* 2, 42. *c.* 2. *C.* 2, 30. *Nov.* 155. *c.* 1.

7) *Fr.* 11. §. 6. 7. *Fr.* 34. *D. h. t.* — Es treten hier die Grundsätze über die directe Collision von Rechten ein. Vergl. Thibaut §. 118.

1) Die *Restitutio ob capitis deminutionem* (*Dig.* IV, 5.) kann im System des Justinianeischen Rechts mit Stillschweigen

von der Verfolgung seines Rechts abgehalten wird, ein Verlust des gegenwärtigen oder künftigen Vermögens bewirkt worden ist, verspricht der Prätor, in Ermangelung eines anderen Rechtsmittels, innerhalb eines vierjährigen Zeitraumes, Restitution. Die Abwesenheit mufs jedoch an und für sich diese Wohlthat verdienen [2]) und die Rechte dritter Personen dürfen dadurch nicht verletzt werden [3]). Im prätorischen Edicte sind mehrere Beispiele der Abwesenheit ausdrücklich erwähnt und zuletzt wird die allgemeine Clausel hinzugefügt: „*Item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam* [4])." — Der Irrthum, welcher im Allgemeinen schon unter dem Ausdruck *absentia* begriffen ist, wird noch besonders vom Prätor als Restitutionsgrund angeführt [5]); mehrere gesetzliche Beispiele der sich darauf gründenden Wiedereinsetzung setzen den Fall voraus, wenn Jemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern will [6]).

übergangen werden. Da nemlich nach neuerm Recht die in der *capitis deminutio* liegende *imaginaria servitus* aufgehoben ist, so werden dadurch keine rechtliche Verhältnisse mehr aufgehoben, brauchen also auch nicht restituirt zu werden.

2) Ueber die verschiedenen Arten der Abwesenheit s. mein R. d. Forder. S. 409. Note *a*.

3) *Fr.* 18—20. *D. h. t.*

4) *Fr.* 1. §. 1. *in f. D. h. t.* Vergl. *Fr.* 26. §. 9. *D. eod.*

5) *Fr.* 2. *D.* 4, 1.

6) §. 33. *I.* 4, 6. *Fr.* 1. §. 6. *D.* 27, 6. *Fr.* 1. §. 17. *D.* 42, 6.

Digitized by Google

Drittes Hauptstück.

Von der Aufhebung durch eine vorgeschützte Einrede.

Inst. IV, 13. *Dig.* XLIV, 1. *Cod.* VIII, 36. — Donellus *Libr.* XVI. *c.* 22. *Libr.* XVII. *c.* 1. *sq.*

Erster Abschnitt.

Von den Einreden, die gleich Anfangs bei Eingehung des obligatorischen Geschäftes begründet sind.

§. 349.

I) *Einreden, die im contrahirenden Subject ihren Grund haben.*

A) Von der *exceptio Senatusconsulti Macedoniani.*

Dig. XIV, 6. *Cod.* IV, 28. — Donellus *Libr.* XII. *c.* 24.

Der wahrscheinlich unter Kaiser Claudius zu Stande gekommene und unter Vespasian erneuerte [1]) Macedonianische Rathschluſs verordnet: daſs aus dem Gelddarlehn eines Familiensohnes weder gegen ihn selbst, noch gegen seinen Vater bürgerlich wirksam geklagt, sondern die

1) Auf diese Weise läſst sich Tacitus *Annal.* XI, 13. mit Sueton. *in Vespas. c.* 2. vereinigen, vergl. Andr. Guil. Cramer *in Comment. de vita et legislat Vesp. p.* 182. *sq.* — Die Benennung rührt, wie Ulpian im *Fr.* 1. *pr. D. h. t.* erwähnt, von einem gewinnsüchtigen Wucherer, Namens Macedo her, der zu dem gesetzlichen Verbote die nächste Veranlassung gab. Nach Theophilus ist dadurch der Name eines nichtswürdigen Familiensohnes gebrandmarkt worden.

Digitized by Google

die angestellte Klage, mit einer *exceptio Scti* entkräftet werden solle [2]), einerlei, ob das geliehene Geld noch vorhanden ist oder nicht [3]). Diese Einrede kann nicht allein dem klagenden Gläubiger selbst, sondern auch dessen Erben und denjenigen, die in einem Correalverhältnifs mit ihm stehen, entgegengesetzt werden [4]), und nicht allein der Familiensohn und der Parens, so wie deren Erben, sondern auch alle blofs accessorisch verbundene Personen und ihre Erben sind davon Gebrauch zu machen berechtigt, so oft sie gegen den Familiensohn als den Hauptschuldner ihren Regrefs nehmen können [5]). Doch giebt es mehrere Ausnahmen, in welchen das Verbot des Rathschlusses wegfällt, und diese können ihren Grund entweder in der Person des Gläubigers, oder in der Person des Familiensohnes oder endlich in der Sache selbst haben [6]). Abgesehen davon, ist die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses so sehr von den Gesetzen begünstigt, dafs sie zu jeder Zeit, auch *post rem iudicatam* noch vorgeschützt werden kann, um die Execution zu verhindern [7]). Da indessen die Einrede zur Bestrafung des Gläubigers abzweckt und die *obligatio naturalis* bestehen bleibt, so

---

2) *Fr.* 1. *pr. D. h. t.* — — — „*ne cui, qui filiifamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur.*“ — Ein anderes zum Grunde liegendes Geschäft ausser dem Gelddarlehn ist nur dann in dem gesetzlichen Verbote begriffen, wenn es *in fraudem legis* abzwecken sollte (*contractus mohatrae*), *Fr.* 3. §. 3. *Fr.* 7. *pr.* § 3. *D. h. t.*

3) *Fr.* 9. §. 2. *D h. t.* — — „*nec interest consumti sint nummi, an exstent in peculio.*“

4) *Fr.* 7. §. 6. 7. *D. eod.* 5) *Fr.* 9. §. 3. *D. eod.*

6) Ueber die weitere Ausführung dieser Ausnahmen s. mein Recht der Forder. S. 417. fg.

7) *Fr.* 11. *D. h. t.*

kann das einmal Bezahlte nicht mit der *cond. indebiti* zurückgefordert werden (vergl. §. 49. Note 4.)

§. 350.

B) Von der *exceptio Senatusconsulti Vellejani.*

Dig. XVI, 1. *Cod.* IV, 29. — Donellus *Libr.* XII. *c.* 29. Ueber das Geschichtliche: Ger. Noodt *Observ.* I, 18.

Nach der Vorschrift des Vellejanischen Rathschlusses sollen Frauenspersonen nicht für einen Andern intercediren, d. h. keine alte oder neue Verbindlichkeit für ihn übernehmen dürfen [1]; widrigenfalls kann nicht nur die vom Gläubiger erhobene Klage mit einer Einrede unwirksam gemacht, sondern auch das aus einem Irrthum bereits Gezahlte mit einer *condictio indebiti* zurückgefordert werden [2]. Im Fall die Intercession nicht in einem öffentlichen Instrumente geschehen war [3], oder die Frau sich oder ihr Vermögen, wenn gleich in einem öffentlichen Instrumente, für ihren Ehemann verpflichtet hatte, so war das ganze Geschäft schon von Rechtswegen null und nichtig [4]. — Sollte durch die weibliche Intercession die bereits vorhandene Verbindlichkeit des Schuldners gänzlich aufgehoben seyn, so wird dem Gläubiger seine vorige Klage gegen den Schuldner wieder hergestellt [*actio restitutoria s. rescissoria*] [5] und sollte der Schuldner dadurch von einer künftigen Verbindlichkeit befreiet seyen, so wird dem Gläubiger nunmehr, die Klage gegen den Schuldner gestattet, welche er aus der Intercession gegen die Frauens-

---

1) *Fr.* 1. §. 1. *D. h. t.* Vergl. *Fr.* 2. *D.* 50, 17.

2) *c* 9. *C. h. t.* 3) *c.* 23. §. 2. *C. eod.*

4) *Nov.* 134. *c.* 8. und die daraus entlehnte *Auth.* „*Si qua mulier*“ *C. h. t.*

5) *Fr.* 8. §. 9. 11—13. *D. c.* 16. *C. h. t.*

Digitized by Google

person gehabt haben würde. [*Actio institutoria*] [6]). — Eine Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten fand nach römischem Rechte in der Regel nicht Statt, eine Ausnahme trat nur bei der Mutter und Grofsmutter, als Vormünderinnen ihrer Kinder und Enkel ein [7]). Nach dem Ablauf von zwei Jahren kann jedoch die für einen Andern, als den Ehemann, erfolgte weibliche Intercession bestätigt werden [8]), und ausserdem giebt es mehrere Fälle, in welchen die Intercession schon an und für sich als gültig zu betrachten ist [9]).

§. 351.

II) *Einreden die in der Natur des befragten Geschäftes selbst ihren Grund haben.*

Die in der Natur des befragten Geschäftes selbst begründeten Einreden brauchen blofs dem Namen nach erwähnt zu werden, da sie aus schon bekannten Grundsätzen abzuleiten sind. Es gehört dahin: 1) die *exceptio doli* [1]); 2) *exc. metus* [2]); 3) *erroris*; 4) *non numeratae pecuniae* u. s. w. [3]) — So oft eine Einrede keinen be-

---

6) *Fr.* 8. §. 14. *D. eod.*

7) *Nov.* 118. *c.* 5. — H. z. T. soll überhaupt eine eidliche Entsagung, nach vorgängiger s. g. *certioratio iurium* gültig seyn.

8) *c.* 22. *C. h. t.* vgl. mit der *Auth.* „*si qua mulier*“ *cit.*

9) Vergl. darüber mein Recht der Forder. § 198.

1) *Dig.* XLIV, 4. Es ist hier die *exceptio doli specialis* gemeint, denn so oft Jemand dasjenige der Billigkeit zuwider fordert, was mit irgend einer auf Billigkeit gegründeten Einrede entkräftet werden kann, so findet die *exceptio doli mali generalis* Statt. *Fr.* 4. §. 33. *D. h. t.*

2) Vergl. §. 1. *I.* 4, 33. *Fr.* 9. §. 3. *D.* 5, 2.

3) *Cod.* IV, 30. vgl. §. 279.

sondern Namen hat, aber die Billigkeit doch für sie spricht, wird sie schlechthin *exceptio in factum* genannt.

Zweiter Abschnitt.

Von den nach eingegangenem obligatorischen Geschäfte entstehenden Einreden.

§. 352.

Auch die hierher gehörenden Einreden brauchen nicht weiter erörtert zu werden, da sie theils in die Darstellung des bürgerlichen Processes zu verweisen sind, theils aber auch in andern Theilen der Rechtstheorie erklärt werden müssen. Es sind dahin vorzüglich folgende Einreden zu rechnen: 1) *Exceptio iurisiurandi* [1]; 2) *rei iudicatae* [2]; 3) *pacti conventi*, wohin insonderheit die aus einem Nachlafsvertrage [3] (*pactum remissorium*) und die aus einem Vergleiche [4] entstehenden Einreden gehören; 4) die *Exceptio* oder *Praescriptio temporis* [5] u. s. w.

1) Vergl. §. 4. *I.* 4, 3. 2) §. 5. *I.* 4, 13. *Dig.* XLIV, 2.
3) §. 3. *I.* 4, 13. 4) *Dig.* II, 15. *Cod.* II, 24.
5) *Dig.* XLIV, 3. (vgl. §. 57.)

Digitized by Google

Viertes Buch.

Erbrecht [1]).

Lud. Gfr. Madihn *Principia iuris Romani de successionib. s. de iure hereditario systematice in usum praelectionum disposita. Fcf. ad Viadr.* 1787. *et* 1792. 8. — Karl Friedrich von Dalwigk Versuch einer philosophisch juristischen Darstellung des Erbrechts. 3 Thle. Wiesbaden 1820—1822. 8.

§. 353.

Universal- und Singularsuccession. Unterschied zwischen Delation und Erwerb.

Bei der Darstellung des Erbrechts kommt zunächst und vor allen Dingen der wichtige Unterschied zwischen Universal- und Singularsuccession, oder zwischen Erbschaft und Vermächtnifs in Betracht. Universalsuccession ist vorhanden, wenn die ganze Vermögensmasse,

1) Doneau betrachtet nach Anleitung der Institutionen (vgl. §. 6. *I.* 2, 9.) das Erbrecht als Erwerbart des Eigenthumes. diese Ansicht, die von vielen Systematikern befolgt wird, ist, wenn gleich nicht unrichtig, doch viel zu einseitig und unsystematisch. Durch das Erbrecht wird bekanntlich das Vermögen überhaupt, welches ein Verstorbener hatte, übertragen, welches sowohl aus Sachen, als aus Forderungen besteht. Es kann daher auch das Erbrecht, einer natürlichen Ordnung zufolge, erst nach vollendete Darstellung des gesammten Vermögensrechts lebender Bürger gehörig entwickelt werden, da es sich sowohl auf das Sachenrecht, als auf das Recht der Forderungen in gleichem Verhältnifs bezieht.

Digitized by Google

die ein Verstorbener besafs, oder ein in Hinsicht auf das Ganze bestimmter Theil (*pars quota*); Singularsuccession hingegen, wenn nur eine einzelne Sache, oder ein durch sich selbst bestimmter Theil des Vermögens (*pars quanta*) übertragen wird. — Sowohl bei der Universal- als bei der Singularsuccession ist aber zunächst die Frage zu beantworten: ob Jemand ein Recht habe zu succediren, ob ihm auf irgend eine Weise die Succession rechtlich angetragen (deferirt) sey? (Lehre von der Delation) und sodann weiter zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen der zur Succession Gerufene die ihm angefallene Erbschaft oder das ihm angefallene Vermächtnifs wirklich erworben habe? (Lehre vom Erwerbe).

§. 354.

Der Erblasser mufs todt seyn und der Successor ihn überlebt haben.

Succession ist nur unter der wesentlichen Voraussetzung möglich, dafs derjenige, dem man succediren will, todt sey und der Successor selbst ihn überlebt habe. In Ermangelung eines juridischen Beweises treten in gewissen Fällen rechtliche Vermuthungen ein. Insonderheit wird *a*) wenn der Erblasser abwesend ist und man gar keine Nachricht von ihm erhalten kann, in der Praxis angenommen, dafs er, nach erweislich zurückgelegtem 70sten Jahre für todt (verschollen) zu halten sey [1]).

1) Die Praxis hat hier die bekannte Stelle der Bibel: „Unser Leben währet siebenzig Jahr, und wenn's hoch kommt, so sind's achtzig Jahr" u. s. w. (Ps. 90. v. 10.) befolgt. Nach der Analogie der Gesetze hätte das 100ste Jahr angenommen werden sollen. Vergl. *Fr.* 56. *D.* 7, 1. Sollte Jemand erst nach zurückgelegtem 70sten Jahre sich entfernt haben, so ist anzunehmen, dafs er nach Ablauf von 5 Jahren gestorben sey (vergl. *Fr.* 68. *D.* 35, 2., worin eine Berechnung der wahrscheinlichen Dauer des menschlichen Lebens

b) Im Fall das Ueberleben des Erben nicht ausgemittelt werden kann, wird bei einem erfolgten natürlichen Tode jederzeit angenommen, dafs die ältere Person vor der jüngern gestorben sey [2]); bei einem in demselben unglücklichen Ereignifs erfolgten gewaltsamen Tode Mehrerer gilt aber die Regel: dafs Keiner den Andern überlebt habe [3]). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn von Aeltern und Kindern die Rede ist, wo es darauf ankommt, ob die letztern schon mündig waren oder nicht [4]).

---

enthalten ist). Fr. Aug. Schmelzer *de probabilitate vitae eiusque usu forensi. Goett.* 1787. Einem verschollenen Achtziger ist nach der richtigen Meinung die Hälfte mit 2 1/2 Jahren beizulegen. Hofacker *princ.* §. 1682. Note *e.*

2) Im entgegengesetzten Falle sagen die Gesetze: *turbatus est ordo mortalitatis. Fr.* 15. *pr. D.* 5, 2.

3) *Fr.* 18. *D.* 34, 5. Selbst bei Eheleuten wird angenommen, *neutrum alteri supervixisse. Fr.* 26. *D.* 39, 6. *Fr.* 32. §. 14. *D.* 24, 1. (Das *Fr.* 9. §. 3. *D.* 34, 5. macht kein Hindernifs.)

4) *Fr.* 9. §. 1. 4. *Fr.* 22. 23. *D.* 34, 5. (Das *Fr.* 17. §. 7. *D.* 36, 1., worin die Mündigkeit und Unmündigkeit nicht unterschieden wird, steht nicht im Wege.) — Vgl. überhaupt: Mühlenbruch über die Priorität des Todes (im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 4. Heft 3.)

Digitized by Google

Erster Hauptabschnitt.

Darstellung der Universalsuccession.

§. 355.

Civil- und prätorisches Erbrecht.

Universalsuccession oder Beerbung ist das Eintreten in das gesammte Vermögensrecht, das ein Verstorbener zur Zeit seines Todes hatte [1]). Bei den Römern gründete sich die Theorie der Universalsuccession entweder auf das Civilrecht (*Hereditas*), oder auf das prätorische Recht und dessen Analogie (*Bonorum possessio*). Obgleich von der *Bonorum possessio* in dem System des Justinianeischen Rechts nur noch einzelne an den gehörigen Stellen einzuschaltende Bruchstücke übrig geblieben sind, so ist doch eine zusammenhängende Darstellung der ganzen Lehre um defswillen nöthig, weil ohne dieselbe die hier und da vorkommenden einzelnen Bestimmungen nicht gehörig verstanden werden können [2]).

---

1) „*Hereditas nihil aliud est: quam successio in universum us, quod defunctus habuit.*“ *Fr.* 62. *D.* 50, 17. *Fr.* 24. *D.* 50, 16. (Seneca *de benef.* VI, 5. hält mit Unrecht den wichtigen Grundsatz: „*Hereditas domina est defuncti locum obtines*“ [*Fr.* 31. § 1. *D.* 28, 5. *Fr.* 34. *D.* 41, 1.] für eine lächerliche Subtilität.)

2) Auch Thibaut §. 674. Heise S. 140. Haubold *in Doctr. Pand. lineam.* §. 454. betrachten die Lehre von der *l. p.* als zu den nothwendigen Vorkenntnissen gehörig, und es mufs daher eine kurze Darstellung dieser Lehre hier vorkommen.

Digitized by Google

§. 356.

Von der Bonorum Possessio.

Inst. III, 10. *Dig.* XXXVII, 1. *Cod.* VI, 9. — Gust. Hugo *Diss. de bonorum possessionib. Hal.* 1788. 4. Desselben Lehrb. d. Gesch. des röm. R. fünfte Ausg. §. 201. 209—217. — *Bonor. possessio;* litterar. Testament nebst Commentar u. s. w. von Joh. Chph. Koch. Giessen 1799. 8. — Rofshirt über d. Tendenz des prätor. R. u. das Verhältn. desselben zum Civilrecht. Erl. 1812. 8. — von Löhr Bemerk. aus der Lehre von der *bonor. possess.* (Im Magazin für Rechtsw. u. Gesetzg. Bd. 3. Heft 2. 3.)

1) Allgemeine Grundsätze.

Die *Bonorum possessio* ist nichts Anderes, als eine Anwendung der *missio ex secundo decreto* (vergl. §. 160. Note 3. §. 206. Note 1.) auf das Erbrecht. Der *Bonorum possessor* wurde vom Prätor als Erbe behandelt und ihm daher auch die aus dem Erbrecht entspringende Klage, *Hereditatis petitio*, welche den Zusatz *possessoria* erhielt, gestattet. Uebrigens war das prätorische Erbrecht ein vollständiges Successionssystem, welches, ausser seinen eigenthümlichen Bestimmungen, auch die des Civilrechts in sich aufnahm. Die *B. p.* mufste aber jederzeit in einer präclusivischen Frist agnoscirt werden. von Verwandten in der geraden Linie binnen einem Jahre, von allen übrigen Erben binnen 100 Tagen. Ausserdem setzte der Prätor sowohl eine *successio ordinum* als auch in dem *ordine cognatorum* eine *successio graduum* fest [1]). — Der Civilerbe hatte zwar die Agnition der *B. p.* nicht nöthig, da er schon nach dem Civilrecht erben konnte, wenn er aber auf das prätorische Erbrecht sich nicht einliefs, so konnte er auch von dem davon abhängenden *Interdictum quorum*

1) *Edictum successorium. Dig.* XXXVIII, 9. *Cod.* VI, 16.

Digitized by Google

bonorum [5]) keinen Gebrauch machen. Auf jeden Fall war indessen der Civilerbe befugt, die Erbschaft dem prätorischen Erben wegzuvindiciren und dadurch die *B. p.*, die sonst *cum re* gewesen seyn würde, in eine *B. p. sine re* zu verwandeln [3]). Dasselbe galt bei jedem prätorischen Erben einer frühern Classe, wenn die Zeit der Agnition in dieser Classe noch nicht verflossen war, oder wenn er sein Erbrecht in einer spätern Classe benutzte.

§. 357.

1) Einzelne Classen der *Bonorum possessio.*

a) Bonorum possessio contra tabulas.

Dig. XXXVII, 4. *Cod.* VI, 12.

Der Prätor dehnte die schon nach dem Civilrecht, wegen Präterition des in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohnes (*suus filius*), eintretende Ungültigkeit des Testamentes auch auf den *emancipatus* aus, und sowohl der *suus* als der *emancipatus* konnte sich also der *b. p. c. t.* bedienen. Doch war die durch die *b. p. c. t.* herbeigeführte Ungültigkeit nicht als eine absolute Nullität, sondern nur als ein persönliches Vorrecht zu betrachten und gewissen Personen mufsten die ihnen im Testament hinterlassenen Vermächtnisse nach wie vor entrichtet werden [1]). Auch mufste der *Emancipatus* die im emancipirten Zustande erworbenen Vortheile mit dem *Suus* theilen, conferiren (vergl. §. 367).

---

3) *Dig.* XLIII, 2. *Cod.* VIII, 7. (Ulpianus XXVIII. Cajus III. §. 32—39.)

3) Vergl. Ulpiani *Fragm.* XXVIII, 13. Caji *Institutiones* II, 148. 149. III, 35—37.

1) *Dig.* XXXVII, 5. (*de legatis praestandis c. t. b. p. petita*)

Digitized by Google

§. 358.

b) *Bonorum possessio secundum (adversus, iuxta) tabulas.*

Dig. XXXVII, 11. *Cod.* VI, 11.

Wenn keine solche Erben vorhanden waren, die vermöge ihres Vorzuges das Testament ungültig machen konnten, oder davon keinen Gebrauch machen wollten, so kam nun die *b. p. s. t.* zur Anwendung, welche sich genau nach dem Inhalte des letzten Willens richtete. Der Prätor liefs aber überhaupt jedes Testament gelten, das von sieben Zeugen unterschrieben und untersiegelt war, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob dasselbe durch Mancipation (*per aes et libram*) zu Stande gekommen war, oder nicht. Der in einem gültigen blossen Civiltestamente, namentlich in einem nuncupativen, eingesetzte Erbe wurde jedoch immer zugleich auch als prätorischer Erbe betrachtet, wiewohl derselbe als Civilerbe wieder nicht nöthig hatte, sich auf das prätorische Recht einzulassen. Es wurde demnach vom Prätor jedes Testament respectirt, ohne Unterschied, ob es nach dem prätorischen und Civilrecht zugleich, oder nur nach dem Civilrecht gültig war.

§. 359.

c) *Bonorum possessio ab intestato.*

Dig. XXXVII, 8. XXXVIII, 6–8. 11. *Cod.* VI, 14. 15. 18.

Das System der prätorischen Intestatsuccession umfafste gleichfalls nicht blofs die rein prätorischen Erben, sondern auch diejenigen, welche schon nach dem Civilreht erben konnten. Zuerst succedirten die Kinder (*unde liberi*); dann die gesetzlichen Verwandten (*unde legitimi*); ferner die natürlichen Verwandten, bis zum sechsten Grade einschliefslich (*unde cognati*); endlich der aus einer zur Zeit des Todes nicht durch Scheidung aufgehobenen Ehe

Digitized by Google

überlebende Gatte (*unde vir et uxor*) [1]). — Als Modification aller bisher erwähnten Classen berief der Prätor alle die, *quibus ut detur lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est* (*B. p. extraordinaria*) [2]), und in gewissen Fällen wurde die *B. p.* nicht durch die blosse Vorschrift des Edictes erworben, sondern es war dazu ein besonderes Decret nöthig (*B. p. decretalis* im Gegensatz zur *edictalis*) [3]). Mit der *decretalis* sind übrigens die prätorischen Decrete nicht zu verwechseln, wodurch blosse Vermögensverwaltung bezweckt wird, z. B. *de ventre in poss. mittendo*, *de Carboniano edicto* u. s. w. [4]).

---

1) Ueber die prätorische Succession in das Vermögen eines Freigelassenen und die dabei eintretenden Abweichungen ist hier auf die Rechtsgeschichte zu verweisen. §. 3. *I.* 3, 8. §. 4. *I.* 3, 10. Die griechische Constitution, welche Justinian erwähnt, ist aus den Basiliken (XLIX, 1.) restituirt. Cujac. *Observ.* XX, 33. In dem Gebauer'schen *Corpus iuris* (*c. 4. C.* 6, 4.) befindet sich die in Meerm. *thes. T.* V. *p.* 4. abgedruckte Uebersetzung von Reitz. Vgl. überhaupt Joh. Friedr. Ludw. Göschen über die *b. p. liberti intestati* in Hugo's civilist. Magazin IV, 12.

2) Vergl. Hugo Rechtsgeschichte §. 180.

3) *Fr.* 3. §. 8. *Fr.* 4. 14. §. 1. *D.* 37, 8. Egid. von Löhr *bonor. possessio decretalis* (in dem Magazin f. die Philosophie u. Gesch. des Rechts Bd. II. Heft 4.)

4) Vergl. *Fr.* 2. §. 11. *D.* 38, 17.

Digitized by Google

Erstes Hauptstück.

on der Delation der Universalsuccession.

§. 360.

Die Delation der Erbschaft oder der Universalsuccession beruht entweder auf einem erklärten letzten Willen (Testament) des Erblassers, oder auf unmittelbar gesetzlicher Vorschrift (*Successio testamentaria* und *ab intestato s. legitima*). Gesetzliche und testamentarische Beerbung zugleich kann jedoch nicht Statt finden, zufolge des bekannten Grundsatzes: *idem et testatus et intestatus decedere nequit* [1]; vielmehr geht die schon in den zwölf Tafeln begründete testamentarische Beerbung, wenn sie vorhanden ist, der gesetzlichen jederzeit vor [2]. Es giebt aber gewisse Fälle, wo umgekehrt die gesetzliche der vorhandenen testamentarischen Succession vorgezogen wird und es mufs daher die gegen ein Testament gerichtete Succession als dritte Delationsart hinzugefügt werden. — Die Delation einer Erbschaft durch Erbverträge war bei den Römern, als den guten Sitten widerstreitend, in der Regel verboten und es konnte daher über die Erbschaft eines der Paciscenten kein Vertrag eingegangen werden [3]. Ueber die Erbschaft eines unbe-

1) Chr. Glieb Haubold *D. de caussis cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lps.* 1788. 4.

2) „*Quamdiu ex testamento potest adiri hereditas ab intestato non defertur.*“ *Fr.* 59. 70. *D* 29, 2. „*Testamentariae successionis spe durante, intestato bona defuncti non recte vindicantur.*“ *c.* 8. *C.* 6, 59.

3) *Fr.* 61. *D.* 45, 1. *c.* 15. *C.* 2, 13. C. H. Rheinwald (Jul. Frid. Malblanc) *de caussis improbati pacti hereditatis ex iure Rom. Tubing.* 1798. 4. Schöman Handb. des Civilrechts II, 9. Thibaut §. 676. 677.

Digitized by Google

kannten Dritten oder eines bestimmten Dritten, welcher den Vertrag genehmigte und bis zu seinem Tode damit zufrieden war, wurden jedoch die Erbverträge Ausnahmsweise zugelassen [4]). Ebenso waren dieselben allgemein gültig bei den Soldaten [5]).

Erster Abschnitt.

Von der gesetzlichen Beerbung.

Nov. CXVIII. (v. J. 543.) — Friedr. Ortloff Justinian's neue Verordnungen über die Intestaterbfolge, oder Versuch einer Uebersetzung der Novelle CXVIII. und der sie betreffenden Stellen der Nov. CXXVII. Coburg 1810. — Jo. Chph. Koch *Successio ab intestato civilis in suas classes nova methodo redacta. Ed. noviss. Giess.* 1798. — Chr. Friedr. Glück hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts. Zweite sehr veränderte und verm. Ausg. Erlangen 1822. 8.

Erstes Capitel.

Allgemeine Grundsätze.

§. 361.

I) *Der Erblasser muſs ohne Testament gestorben und der Erbe überhaupt fähig seyn.*

Die gesetzliche Beerbung nimmt zwar in der Darstellung als Regel die erste Stelle ein, sie findet aber, wie

4) *Fr.* 5. §. 1. 2. *Fr.* 73. *D.* 17, 2. vorzüglich *c.* 30. *C.* 2, 3.

5) *c.* 19. *C.* 2, 3.

Digitized by Google

gesagt, blofs subsidiarisch Statt, wenn keine testamentarische Beerbung vorhanden oder zu hoffen ist. Als ohne Testament verstorben ist aber sowohl derjenige zu betrachten, der gar kein Testament errichtet, als derjenige, der ein ungültiges oder ungültig gewordenes hinterlassen hat [1]). Ausserdem mufs natürlich der Erbe überhaupt fähig seyn, erben zu können; die Fähigkeit wird aber nach der Zeit des Todes des Erblassers, so wie nach der Zeit, wo es gewifs wird, dafs keine testamentarische Beerbung möglich ist, beurtheilt, und sie mufs bis zur Antretung fortgedauert haben [2]).

§. 362.

II) *Der Intestaterbe mufs in der Regel mit dem Erblasser verwandt gewesen seyn.*

Die gesetzliche Beerbung beruht in der Regel auf Verwandtschaft, ausnahmsweise auf einem andern besondern Grunde. Da die allgemeinen Grundsätze über die Verwandtschaft bereits oben im Familienrechte (§. 75.) vorgekommen sind, auch der Unterschied zwischen Verwandtschaft im eigentlichen Sinne und Schwägerschaft daselbst gehörig bestimmt worden ist: so braucht hier blofs bemerkt zu werden, dafs nur Verwandtschaft im eigentlichen Sinne, niemals aber blosse Schwägerschaft die Intestatsuccession begründet [1]). — Von besonderer Wichtigkeit ist in gewissen unten näher zu erörternden erbschaftlichen Fällen das Verhältnifs mehrfacher Verwandtschaft, worunter das durch mehrere Personen so vermittelte Verhältnifs zu verstehen ist, dafs von einem Theile derselben abgesehen werden kann, ohne dafs da-

1) *pr. I.* 3, 1.

2) „*Nam ius heredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem.*“ §. 4. *I.* 2, 12. *Fr.* 49. §. 1. *D.* 28, 5.

1) „*Adfinitatis iure nulla successio permittitur.*“ c. 3. 7. *C.* 6, 59.

durch die Verwandtschaft selbst aufhört. Die mehrfache Verwandtschaft ist Regel bei den vollbürtigen Geschwistern, sonst aber läfst sie sich nur als Ausnahme betrachten, wiewohl sie in der geraden Linie so gut, als in der Seitenlinie Statt finden kann [2]). — Ueberhaupt wird die Verwandtschaft, wenn das Erbrecht nicht suspendirt war [3]), nach der Zeit des Todes beurtheilt und es findet nach neuerm Recht immer eine *successio graduum in eodem ordine* Statt [4]).

Zweites Capitel.

Einzelne Successionsarten.

Erster Absatz.

Ordentliche Succession.

§. 363.

Vorerinnerung.

Die ordentliche Succession begreift die Erben, welche in einer bestimmten, genau vorgeschriebenen Ordnung zur Erbschaft berufen werden; ausserordentliche

2) Joh. Chph. Koch Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. Giessen 1798. — Die mehrfache Verwandtschaft wird gewöhnlich durch eine Verbindung der einzelnen geraden Linien, woraus das Collateralverhältnifs besteht, herbeigeführt, jedoch nicht immer.

3) Vergl. z. B. §. 7. *I.* 3, 1. *Fr.* 8. §. 1. *D.* 38, 16.

4) Ueber den Grundsatz des alten Civilrechts: *in hereditatibus legitimis successio non est*, vergl. Chr. Frid. Glück *in Opusc. Fasc.* IV. *p.* 161. *sq.* und dessen Intestaterbfolge §. 66.

Digitized by Google

liche Succession ist hingegen vorhanden, wenn die Erben keine bestimmte Stelle haben, an der sie erben, sondern gewöhnlich in jeder Classe der ordentlichen Successoren concurriren [1]). Die ordentliche Succession kann aber wieder entweder auf Verwandtschaft, oder auf einem andern besondern Grunde beruhen, daher die ordentliche Succession der Verwandten und Nichtverwandten unterschieden werden muſs.

§. 364.

I) *Ordentliche Succession der Verwandten.*

Descendens omnis succedit in ordine primo;
Ascendens propior, germanus, filius eius;
Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

A) Erste Classe; Succession der Descendenten.

1) Welche Descendenten succediren?

Die Descendenten überhaupt entstehen entweder durch Zeugung und Geburt (natürliche Descendenten), oder durch eine bloſs juristische Handlung (adoptirte Descendenten). Was zunächst 1) die natürlichen Descendenten betrifft, so sind diese *a*) entweder in einer wirklichen legitimen Ehe erzeugt, alsdann succediren sie ohne Ausnahme sowohl ihrem Vater als ihrer Mutter, ohne Unterschied des Geschlechts und des Grades; selbst die ungebornen Kinder (*nascituri*; *embryones*) succediren nach der Regel: daſs sie für geboren gehalten werden; so oft von ihrem Vortheil die Rede ist [2]); *b*) oder sie sind aus

1) Eine Ausnahme tritt bei den *liberis naturalibus* ein; die ausserordentliche Succession derselben in das väterliche Vermögen findet nemlich in der ersten Classe, wenn legitime Kinder vorhanden sind, nicht Statt. s. §. 379.

2) Vergl. *Fr.* 3. 4. *D.* 5, 4. *Fr.* 7. *D.* 34, 5.

einer unter Androhung peinlicher Strafen verbotenen Ehe oder ausserehelichem Beischlafe hervorgegangen [2]); solche Kinder waren nach der richtigen Meinung nicht direct von der Succession ausgeschlossen, sondern blofs indirect, sofern das Verbrechen der Aeltern, im Fall keine legitime Erben vorhanden waren, Confiscation des Vermögens zur Folge hatte [3]); *c*) oder es sind uneheliche, aber vollkommen legitimirte Kinder; diese succediren ihren Aeltern wie die ehelich gebornen [4]); *d*) oder es sind endlich uneheliche nicht legitimirte Kinder, nemlich entweder *spurii* und *vulgo quaesiti*, oder *naturales* (*ex concubina nati*); jene succediren blofs der Mutter und den mütterlichen Ascendenten ganz wie eheliche Kinder [5]); diese auch dem Vater *in sextantem* unter den unten (§. 379.) vorkommenden Bestimmungen. — 2) Die adoptirten Descendenten auf der andern Seite haben, wenn sie arrogirt oder vollkommen adoptirt sind, in Hinsicht auf den Vater und die

2) Dahin gehören insonderheit die *liberi incestuosi* und *adulterini*. Vergl. Glück Intestaterbf. §. 134. 136.

3) *Nov.* 12. *c.* 1—3. *c.* 6. *C.* 5, 5. Da bei uns die Confiscation gar nicht mehr zur Anwendung kommt, so mufs auch die Ausschliefsung der aus einer solchen Verbindung erzeugten Kinder von selbst wegfallen und auf jeden Fall sind sie nur von der Succession ihrer Aeltern, nicht von der anderer Verwandten ausgeschlossen. Die aus der *Nov.* 74. *c.* 6 und *Nov.* 89. *c.* 15. entlehnten Scheingründe, womit man den Satz zu begründen sucht, dafs solche Kinder nicht wie andere uneheliche Kinder begünstigt zu werden verdienten, lassen sich leicht widerlegen. Vergl. Iac. Voorda *Interpr. et Emend. iur. Rom. Libr.* III. *c.* 14. Lucas van de Poll *de exhered. et praeterit. c.* XLI. §. 9. s. überhaupt Glück in der Intestaterbfolge S. 502 — 506.

4) *c.* 10. *C.* 5, 27. *Nov.* 89. *c.* 8. 9.

5) §. 3. *I.* 3, 4. Die in der *c.* 5. *C.* 6, 57. vorkommende Ausnahme, wenn die Mutter eine *persona illustris* ist (!), kann h. z. T. nicht mehr berücksichtigt werden.

Digitized by Google

väterliche Linie, das völlige Erbrecht der *sui heredes* [6]); wenn sie aber unvollkommen adoptirt sind, so haben sie nur allein hinsichtlich des Adoptivvaters ein Intestaterbrecht, aber nicht zugleich das Recht der Suität [7]).

§. 365.

2) Welches ist das Verhältnifs der zur Succession gerufenen Descendenten?

Die unmittelbaren Descendenten succediren alle zusammen, ohne auf die Nähe des Grades Rücksicht zu nehmen, und die mittelbaren werden von den ihnen vorhergehenden ausgeschlossen. Das Verhältnifs der väterlichen Gewalt, worin der Erblasser stand, kommt indessen noch in Ansehung des dem Ascendenten gebührenden gesetzlichen Nieſsbrauches in Betracht [1]). Sobald der unmittelbare Erbe wegfällt, d. h. entweder die Erbschaft ausschlägt oder vor dem Erwerbe gestorben ist, kommt natürlich der zunächst folgende Erbe zur Succession, es findet nach dem Obigen *successio graduum in eodem ordine* Statt.

---

6) §. 2. 11. *I.* 1, 11. *c.* 10. *pr.* §. 5. *C.* 8, 48. vgl. *Fr* 23. *D.* 1, 7.

7) *c.* 10. §. 1. *C.* 8, 48. — Inwiefern succediren die Adoptivkinder den natürlichen Aeltern, und ist nach neuerm Rechte nicht immer eine Beerbung der natürlichen Aeltern anzunehmen? *c.* 10. §. 1. 5. *C. cit.*

1) *Nov.* 118. *c.* 1. *ἐπὶ γὰρ τῇ χρήσει των πραγμάτων τούτων ὀφειλούσῃ προσπορίζεσθαι ἢ φυλαττεσθαι τους περὶ τούτων ἡμῶν νόμους τοῖς γονεῦς φυλαττομεν.* " (*Quantum enim ad illarum rerum usumfructum, qui illis acquiri* [*cf. c.* 3. *C.* 6, 60.] *vel servari* [*cf. c.* 1. *C.* 6, 60. *c.* 3. 4. *C.* 6, 61. *c.* 11. *C.* 6, 59.] *debet, leges de his latas parentibus servamus.* Hombergk.)

Digitized by Google

§. 366.

3) Wie geschieht die Vertheilung?

a) Im Allgemeinen.

Wenn alle Erben die Erbschaft erwerben, so wird dieselbe in *capita* vertheilt, bei dem ersten Grade schlechthin, bei den entfernteren mittelst Reduction auf den ersten Grad (*successio in stirpes*). Auch kann hier eine mehrfache Verwandtschaft Statt finden, die zu einer mehrfachen Portion berechtiget. Wenn nicht Alle die Erbschaft erwerben, so tritt das *Jus accrescendi* ein; nur dem accrescirt aber der erledigte Theil, dessen Erbrecht durch die Concurrenz beschränkt war [1]).

§ 367.

b) Insonderheit von der Collation.

Dig. XXXVII, 6. 7. *Cod.* VI, 20. *Nov.* 18. *c.* 6. *Nov.* 97. *c.* 6. — Arn. Vinnii *Tr. de collationib. Lugd. Bat.* 1644. — Gfr. Mascovii *D. de collatione bonor. Lps.* 1742. — Karl Pfizer über die Collation der Descendenten. Stutt. 1807. 8. — Dominici Unterholzner *D. pertractans historiam doctrinae i. R. de collationib. Altorf.* 1809. 8.

α) Aelteres römisches Recht.

Von der reinen Vertheilung in *stirpes* in der ersten Classe, wird durch die Collation eine ganz eigentlich hierher gehörende Ausnahme begründet [1]), denn es hat

---

1) Das prätorische Recht ist hier unverändert geblieben: *Fr.* 12. *pr. D.* 37, 4. *Fr.* 1. §. 12. *D.* 37, 8. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 38, 6.

2) Andere Ausnahmen, welche man anzuführen pflegt, gehören, näher betrachtet, nicht hierher. Namentlich nicht der Fall, wo das Kind erster Ehe, das *ex liberalitate prioris conjugis* auf den *coniux binubus* gekommene Vermögen, im Voraus erhält (§. 83.), oder wo der Ascendent selbst, dem succedirt werden soll, eine andere Vertheilung durch einen

Digitized by Google

dieselbe auf die Bestimmung der erbschaftlichen Theile einen wesentlichen Einfluſs. In dem ältern römischen Recht kommt nun zunächst *a*) die prätorische Collation in Betracht, nach welcher der durch das Edict zur Succession berufene *Emancipatus*, Alles was er im emancipirten Zustande erworben hatte, eben so als ob es zur väterlichen Erbschaft gehörte, sich einrechnen lassen muſste, um solchergestalt ein billiges Verhältniſs zu den in der Gewalt gebliebenen Kindern, die durch ihren Erwerb die väterliche Erbschaft vermehrt hatten, herzustellen. Die Collation geschah immer nur dem *suus*, nicht einem andern *emancipatus* [2]), und sie fand in allen Fällen Statt, wo der *suus* durch die Concurrenz des *emancipatus* Schaden litt [3]). Die Collation fiel daher weg, wenn die Concurrenz des emancipirten Kindes dem *suus* sogar vortheilhaft war [4]), oder der Schaden sich auf andere Weise zutrug [5]). Uebrigens war von der Collation Alles dasjenige ausgenommen, was der *emancipatus* auch in der väterlichen Gewalt dem Vater nicht erworben haben würde [3]), eben so Alles, was nur zu einem vorübergehenden Zweck er-

---

Intestatcodicill vorgeschrieben hat. Vergl. *Nov.* 18. *c.* 7. *Nov.* 107. *c.* 3.

2) *Fr.* 3. §. 2. 3. *D. h. t.* Dem *Suus* wurde anfänglich nur dann conferirt, wenn er *B. p.* agnoscirt hatte, späterhin nahm man darauf keine Rücksicht. *Fr.* 1. §. 1, *Fr.* 10. *D. eod.* (Ein besonders merkwürdiger Fall der Collation, wo ein Enkel als groſsväterlicher *Suus*, einem andern Enkel als väterlichen *Suus* conferiren muſste, wird in *Fr.* 4. *D.* 37, 8. erwähnt.)

3) „*Toties — collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati: caeterum si non est, collatio cessabit.*“ *Fr.* 1. §. 5. *D. eod.*

4) *Fr.* 1. §. 4. *D. eod.* 5) *Fr.* 1. §. 6. *D. eod.*

6) *Fr.* 1. §. 15. 20. *Fr.* 3. §. 4. *D. eod.*

Digitized by Google

worben [7]), oder was zur Zeit der Collation nich mehr vorhanden war, es müfste denn in Beziehung auf die Collation *dolose* vernichtet seyn [8]). — *b*) Abgesehen von dieser prätorischen Collation kommt im alten Civilrecht noch eine besondere *collatio dotis* [9]) vor, wodurch die neuere Collation eigentlich veranlafst wurde. Da nemlich die Tochter die Herausgabe der *dos* auf den Todesfall des Mannes zu hoffen hatte, so wurde die *dos* ihr zwar nicht sogleich abgerechnet, wohl aber mufste sie defshalb Caution bestellen.

§. 368.

β) Bestimmungen des neuern Rechts.

Die alte prätorische Collation, welche durch Einführung der verschiedenen Peculien und des dadurch bewirkten eigenen Erwerbes von Seiten des Suus, so wie durch den aufgehobenen Unterschied zwischen *suus* und *emancipatus* allmählich ausser Gebrauch gekommen war [1]), wurde von Justinian ausdrücklich aufgehoben und nunmehr der allgemeine Grundsatz befolgt: dafs zu vermuthen sey, der Vater habe kein Kind vor dem andern begünstigen wollen. — Was *α*) die bei der Collation vorkommenden Subjecte betrifft, so müssen alle Descendenten [2]) den miterbenden Descendenten conferiren, einerlei ob sie testamentarische oder Intestaterben des verstorbenen Ascendenten geworden sind, vorausgesetzt dafs die im Testa-

---

7) z. B. Alimente, Reise- und Studienkosten. Vergl. vorzüglich *Fr.* 5o. *D.* 10, 2.

8) *Fr.* 1. § 2. 3. *Fr.* 2. §. 2. *D. h. t.*

9) *Dig.* XXXVII, 7. (*Nov.* 18. *c.* 6. *Nov.* 97. *c.* 6.)

1) Vergl. *c. un. C. Theodos.* 4, 2. *c.* 12 16. 17. 9. *C. h.*

2) Die Verbindlichkeit zur Collation fällt bei andern Erben, ausser den Descendenten, weg, eben so bei den Singularsuccessoren.

Digitized by Google

ment eingesetzten Erben ohnehin schon *ab intestato* geerbt haben würden; einerlei ferner, ob sie *sui* oder *emancipati*, Descendenten des ersten Grades sind, oder entfernterer Grade, ob sie den väterlichen oder mütterlichen Ascendenten succediren. *b*) Hinsichtlich des Objectes mufs Alles conferirt werden, was die Descendenten von dem zu beerbenden Ascendenten als bleibende Ausstattung erhalten haben, so weit sie reicher dadurch geworden sind; insonderheit gehört dahin auch die der Tochter bestellte *dos*, sie müfste denn ohne ihre Schuld verloren gegangen seyn [3]), ebenso die dem Sohne der Ehe wegen gemachte Schenkung, so wie überhaupt Alles was den Kindern zur Beihülfe gegeben wird. Von der Collation sind jedoch die *donationes mortis causa* und Prälegate [4]), so wie auch die einfachen Schenkungen unter Lebenden ausgenommen, es müfste denn hinsichtlich der letzteren ein entgegengesetzter Wille gleich bei der Schenkung [5]) erklärt seyn, oder ein anderer Descendent dagegen eine *dos* oder *donatio propter nuptias* conferiren müssen. Defsgleichen werden nicht conferirt: die Alimente, Reise- und Studienkosten, die vor eingetretenem Verzug gezogenen Früchte und Zinsen [6]) u. s. w. Hiervon abgesehen, kann auch die Verbindlichkeit zur Collation ausdrücklich, wiewohl ohne Beeinträchtigung des Pflichttheiles [7]), erlassen werden. *c*) In Betreff der Art und Weise, wie die Collation geschieht, ist noch zu bemerken, dafs das Conferirte gerade so, als wenn es in der Erbschaft

---

3) *Fr.* 1. §. 6. *D.* 37, 7. *Nov.* 97. *c. ult.*

4) *Fr.* 1. §. 19. *D. c.* 10. 13. 15. *C. h. t.*

5) *c.* 20. §. 1. *in f. C.* 6, 20.

6) *Fr.* 5. §. 1. *D.* 37, 7.

7) *Nov.* 18. *c.* 6.

Digitized by Google

gleich Anfangs enthalten gewesen wäre, mitvertheilt wird [8]).

§. 369.

B) Zweite Classe: Succession der Ascendenten und vollbürtigen Geschwister.

1) Welche Personen succediren?

In dieser Classe succediren *a*) Ascendenten; das Verhältnifs der Ascendenz kann aber wieder begründet werden, sowohl durch natürliche Zeugung und Geburt, als durch juristische Handlung (Adoption) [1]). Was die natürlichen Ascendenten betrifft, so mufs bei den väterlichen das Verhältnifs durch Zeugung in der Ehe oder durch volle Legitimation begründet seyn; bei den mütterlichen aber kommt es auf eheliche Geburt nicht an. *b*) Vollbürtige Geschwister, welche beiden Aeltern erbfähig sind. *c*) Erbfähige Kinder vollbürtiger Geschwister, d. h. Söhne und Töchter. (Geschwisterenkel succediren in der vierten Classe) [2]).

§. 370.

2) Welches ist das Verhältnifs der succedirenden Personen?

Das Verhältnifs der in dieser Classe succedirenden Personen ist leicht zu bestimmen: es succediren blofs die im nächsten Grade befindlichen Ascendenten, sie schliessen aber die vollbürtigen Geschwister nie aus, eben so wenig die Kinder vorher verstorbener vollbürtiger Ge-

---

8) Nach älterm Recht wurde blofs dem conferirt, dessen Erbrecht *interventu emancipati* beschränkt wurde. *Fr.* 1. *pr.* §. 18. *D.* 37, 8.

1) Die *minus plena adoptio* giebt jedoch dem Adoptanten kein Erbrecht und das Vermögen des arrogirten *impubes* mufs nach dessen Tode seinen Verwandten herausgegeben werden. Vergl. § 92.

2) Glück a. a. O. S. 642.

Digitized by Google

schwister. Die Geschwisterkinder werden blofs von ihren eigenen Aeltern ausgeschlossen [1]).

§. 371.

5) Wie wird die Erbschaft vertheilt?

Die Vertheilung der Erbschaft richtet sich nach dem Hauptunterschiede: ob, von den in dieser Classe berufenen Erben, Einer den Andern ausschliefst, oder nicht. 1) Wenn ein Erbe den andern ausschliefst, so erwirbt entweder der Ausschliefsende die Erbschaft, dann schliefst er natürlich den Andern aus; oder er deficirt, alsdann findet eine *successio graduum* Statt. 2) Wenn hingegen kein Erbe den andern ausschliefst, so ist weiter zu unterscheiden, ob entweder Alle die Erbschaft erwerben, oder nicht: *a*) wenn Alle die Erbschaft erwerben, so succediren *α*) entweder blofs Ascendenten, oder blofs vollbürtige Geschwister, oder blofs vollbürtiger Geschwister Kinder; alsdann wird die Erbschaft unter die gleich nahen Ascendenten nach den Linien getheilt [1]), vollbürtige Geschwister succediren *in capita*, bei den Geschwisterkindern aber ist es nach römischen Rechte bestritten, ob sie *in capita* oder *in stirpes* succediren, K. Karl der fünfte hat jedoch verordnet, dafs auch sie *in capita* succediren sollen [2]); *β*) oder

---

1) Nach der *Nov.* 118. *c.* 4. sollten, wenn Ascendenten mit Geschwistern und Geschwisterkinderu concurrirten, die letztern von den Ascendenten ausgeschlossen werden; Justinian hat dieses aber wieder aufgehoben in der *Nov.* 127. *c.* 1. Vergl. Glück a. a. O. S. 636.

1) Genau genommen ist es richtiger und bestimmter, wenn man hier nicht von Linealvertheilung überhaupt redet, sondern mit Glück in der Intestaterbfolge § 170. 171. die einzelnen in Betracht kommenden Fälle unterscheidet.

2) Vergl. den Reichsabschied v. J. 1529. §. 31: „Wann einer untestirt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher

Digitized by Google

Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder concurriren mit einander; alsdann succediren die nächsten Ascendenten *in capita*, nicht *in lineas*, eben so die Geschwister, aber bei den Geschwisterkindern tritt eine *successio in stirpes* ein. *b*) Wenn auf der andern Seite nicht Alle das Erbrecht erwerben, so deficirt *α*) entweder ein Ascendent, alsdann findet, wenn er blofs mit Ascendenten concurrirte, ein *ius accrescendi in lineas* [3]), sonst *in capita*, Statt; *β*) oder eines der Geschwister, alsdann wird bei der Theilung der Erbschaft nur eine Person weniger gerechnet; *γ*) oder eines der Geschwisterkinder, alsdann findet entweder ein *ius accrescendi in capita* oder *in stirpes* Statt, je nachdem das Geschwisterkind blofs mit Geschwisterkindern, oder zugleich mit Geschwistern und Ascendenten concurrirte [4]).

Zahl verläfst, dafs alsdann dieselbige seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbenen ihrer Väter oder Mutter Bruder oder Schwester dermassen zu succediren zugelassen werden sollen". (Diese Verordnung ist auch besonders promulgirt worden. Vgl. neue Samml. d. Reichsabschiede. Frankf. 1747. Th. II. S. 301. Gerstlacher Handbuch der teutschen Reichsges. Th. 10. S. 2483.)

3) Auch hier kommt es, genau genommen, auf eine Unterscheidung der einzelnen Fälle an. s. Note 1.

4) Das *ius accrescendi* bestimmt überhaupt die Succession so, als ob der, dessen Portion vacant ist, gleich Anfangs nicht da gewesen wäre, nur dürfen die Successionsquoten selbst dadurch nicht verändert werden, d. h. es darf zum Nachtheil eines Erben die gleich Anfangs vorhandene *successio in capita* oder *in stirpes* nicht dadurch aufgehoben und verwandelt werden.

Digitized by Google

§. 372.

C) Dritte Classe: Succession der Halbgeschwister und Halbgeschwisterkinder.

1) Welche Personen succediren und in welchem Verhältnifs?

In dieser Classe succediren alle Halbgeschwister, die hinsichtlich des Vaters oder der Mutter als erbfähig zu betrachten sind (*consanguinei* und *uterini*) und alle Kinder vorherverstorbener Halbgeschwister. Das Verhältnifs dieser Erben untereinander läfst sich durch die einzige Bemerkung bestimmt angeben: dafs die Halbgeschwisterkinder von ihren eigenen Aeltern ausgeschlossen werden, sonst aber Alle zusammen erben.

§. 373.

2) Wie wird die Erbschaft vertheilt?

Die Vertheilung der Erbschaft richtet sich gleichfalls nach dem Unterschiede: ob von den in dieser Classe Berufenen Einer den Andern ausschliefst, oder nicht. In jenem Falle erhält der Ausgeschlossene natürlich nichts; erwirbt aber der Ausschliessende seinen Erbtheil nicht, so tritt auch hier *successio gradaum* ein, nie aber ein *ius accrescendi*. In diesem Falle ist wieder zu unterscheiden: 1) wenn Alle die ihnen angebotene Erbschaft erwerben, so findet, wenn Halbgeschwister oder Halbgeschwisterkinder allein vorhanden sind, *successio in capita* [1]), sonst aber *successio in stirpes* Statt [2]); 2) wenn nicht

1) Kaiser Karl der fünfte redet in dem oben angeführten Reichsgesetz allgemein von den Geschwisterkindern, ohne die vollbürtigen und halbbürtigen von einander zu unterscheiden.

2) Wenn Halbgeschwister verschiedener Art, *consanguinei* und *uterini* concurriren, so wird nach der richtigern Meinung auf den Ursprung und den Unterschied des Vermögens keine Rücksicht genommen. Vergl. Glück Intestaterbrecht §. 189.

Digitized by Google

Alle die deferirte Erbschaft erwerben, so kommt das Recht des Zuwachses zur Anwendung. — Das Verhältnifs mehrfacher Verwandtschaft giebt bei der Vertheilung nur alsdann ein Recht auf mehrfache Erbportionen, wenn *in stirpes*, nicht aber wenn *in capita* succedirt wird [3]).

§. 374.

Anhang; Von dem Rechte der Repräsentation.

Unter Repräsentation ist das Recht zu verstehen, die Stelle, den Grad und die Rechte eines unmittelbar vorhergehenden Successors bei der Erbfolge einzunehmen und solchergestalt mit einem nähern Verwandten des Erblassers zugleich zu erben. Sie findet Statt, so oft von einer *successio in stirpes* in der ersten, zweiten und dritten Classe die Rede ist [1]). Bei den Geschwisterkindern in der zweiten und dritten Classe wollen Viele dieses Recht nicht, wie bei den Enkeln in der ersten Classe, *ipso iure* eintreten lassen, sondern von der Beerbung ihrer Aeltern (der Geschwister des Erblassers) abhängig machen; die Unrichtigkeit dieser Behauptung läfst sich aber auf eine überzeugende Weise darthun. Die zufällige Verschiedenheit des Ausdruckes: dafs bei den Enkeln gesagt wird, dafs sie *in locum* [2]), und bei den Geschwisterkindern, dafs sie *in iura parentum* [3]) succediren, kann offenbar nichts entscheiden. Hiervon abgesehen, gründet sich

---

3) Vergl. Glück a. a. O. §. 41.

1) Der Ausdruck *ius repraesentationis* kommt zwar im röm. R. nicht vor, wohl aber die Sache selbst, Vergl. §. 6. *I.* 3, 1. *Nov.* 118. *c.* 1. 3.

2) Vgl. *Nov.* 118. *c.* 1. *v.* „*in proprii parentis locum succedunt.*“

3) Vergl. *Nov.* 118. *c.* 3. *v.* „*ut in suorum parentum iura succedant.*“ (Gleich darauf wird auch von den Geschwisterkindern gesagt; „*ut in propriorum parentum succedentes locum.*“)

Digitized by Google

das *ius succedendi* der Geschwisterkinder, so wie das der Enkel, lediglich auf natürliche Verwandtschaft (Cognation) und kann daher nicht erst durch die älterliche Beerbung erworben werden. Justinian hat ihnen nicht als Erben ihrer Aeltern, sondern lediglich als Cognaten, die nach dem Wegfallen ihrer Aeltern nunmehr zum Erblasser in ein unmittelbares Verhältnifs gesetzt worden sind, das Recht verliehen, neben den übrigen Geschwistern des Erblassers, welche ihnen nach älterem Rechte wegen der Nähe des Grades vorgiengen [4], zu succediren. Gewöhnlich sagt man: das Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder gründe sich auf eine Fiction [5]; allein offenbar hatte Justinian als Gesetzgeber nicht nöthig, zu einer solchen Fiction seine Zuflucht zu nehmen; seine Absicht war vielmehr, die Geschwisterkinder in dieser Hinsicht den Enkeln vollkommen gleichzusetzen, d. h. so wie in der ersten Classe der nähere Grad den entferntern schon nach älterm Rechte nicht ausschlofs [6], dieses nunmehr auch bei den Geschwisterkindern in der zweiten und dritten Classe gelten zu lassen. — Bei den repräsentirenden Enkeln behaupten zwar viele Rechtsgelehrte [7], dafs sie eben so, wie ihr Vater oder Mutter, zur Collation verbunden seyen, einerlei ob sie Erben ihrer Aeltern geworden, oder nicht; nach der richtigern Meinung braucht indessen der Enkel dasjenige, was sein von ihm nicht beerbter Parens (Vater oder Mutter) vom Erblasser (Grofsvater oder Grofsmutter) erhalten hat, nicht zu conferiren, weil er dasselbe weder unmittel-

4) §. 5. *I.* 3, 2. *Fr.* 2. §. 1. *D.* 38, 15. Paulus *in recept. sentent.* IV. 8, 18.

5) Rotgersius *de succ. legitima cap.* VII. §. 82. Glück a. a. O. S. 80.

6) §. 15. *I.* 3, 1. *c.* 3. *C.* 6, 55.

7) Vergl. Glück a. a. O. S. 104. Note 18.

Digitized by Google

bar vom Erblasser, noch mittelbar von seinen Aeltern erhalten hat [8]).

§. 375.

D) Vierte Classe: Succession der übrigen Verwandten.

1) Welche Personen succediren und in welchem Verhältnifs?

In dieser Classe succediren überhaupt alle Verwandte, die in keiner der vorhergehenden Classen vorgekommen sind, mit andern Worten: alle Collateralen ausser den vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern. Das Verhältnifs der in dieser Classe Berufenen wird durch die einfache Regel bestimmt: dafs Nähe des Grades Alles entscheidet.

§. 376.

2) Wie geschieht die Vertheilung?

Die mehrern in dieser Classe succedirenden Erben sind *a*) entweder zugleich berufen: in diesem Falle erwerben *α*) entweder Alle den ihnen deferirten Erbtheil, alsdann soll, ohne auf die Verschiedenheit der Stämme Rücksicht zu nehmen, *in capita* succedirt werden [1]); *β*) oder Einer oder Mehrere erwerben ihren Erbtheil nicht, alsdann findet ein *ius accrescendi in capita* Statt; *b*) oder sie sind nach einander berufen; ist dieses der Fall, so schliefst der Nähere den Entfernteren aus, wenn er die Erbschaft erwirbt, sonst aber tritt eine *successio graduum* ein.

---

8) Die *c.* 9. *C.* 6. 20. (vergl. *c.* 5. *C. Theodos.* 5, 1.) setzt den gewöhnlichen Fall voraus, dafs die Enkel ihre Aeltern wirklich beerbt haben, und in der *Nov.* 118. *c.* 1. ist blofs von einer Bestimmung der erbschaftlichen Quoten und gar nicht von Collation die Rede.

1) Von Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit kann hier eben so wenig, als von mehrfacher Verwandtschaft die Rede seyn.

Digitized by Google

§. 377.

II) *Ordentliche Succession der Nichtverwandten.*

A) Von der Succession des Gatten.

Dig. XXXVIII, 11. *Cod.* VI, 18.

Wenn Jemand ohne Testament und ohne Verwandte stirbt, so erbt der Gatte des Verstorbenen. Der Prätor hat ihm zuerst, da das Civilrecht nichts über seine Succession bestimmte, nach den Cognaten eine Stelle in der Classe *unde vir et uxor* eingeräumt und Justinian hat hierin nichts geändert. Die Ehe [1]) mufs jedoch, wenn dieses Erbrecht eintreten soll, bis zum Tode des Erblassers fortgedauert haben und es darf gar kein successionsfähiger Verwandter vorhanden seyn [2]).

§. 378.

B) Von der Succession des Fiscus.

Cod. X, 10.

Wenn endlich auch kein überlebender Ehegatte vorhanden ist, so soll der Fiscus die Erbschaft bekommen; er nimmt in der ganzen Reihe der ordentlichen Successoren die letzte Stelle ein und die Rechte und Verbindlich-

1) Im prätorischen Edict wurde ein *matrim. iustum* im Gegensatz zu *matrim. iuris gentium* vorausgesetzt.

2) *c.* 1. *C. h. t.* „*Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo iure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco exeluso.* (Die Worte *pro antiquo iure* beziehen sich auf das alte prätorische Recht, dieses war nemlich durch einige kaiserliche Constitutionen, die wir jetzt nicht mehr haben, abgeändert und dem Gatten zuweilen mit Verwandten, von denen er einige sogar ausschliefsen sollte, ein Successionsrecht eingeräumt worden. Das alte prätorische Recht wurde indessen bald wieder hergestellt. Vergl. *c.* 9. *Cod. Theodosiani* 5, 1.

Digitized by Google

keiten des Verstorbenen gehen auf ihn über. Unter den christlichen Kaisern wurde der Fiscus häufig gebeten: die vacante Erbschaft Jemanden zu schenken (*petitiones bonorum*) [1], und bisweilen hat die Succession des Fiscus gar nicht Statt zum Besten gewisser Corporationen, wozu der Erblasser gehörte [2].

Zweiter Absatz.

Ausserordentliche Succession.

§. 379.

1) *Succession der natürlichen Kinder.*

Nov. XVIII. *c.* 5. (v. J. 536.) *Nov.* LXXXIX. *c.* 12. §. 4—6. (v. J. 539)

Justinian giebt den von einer Concubine gebornen Kindern des ersten Grades [1] unter folgenden Bedingungen

1) Später hin wurden diese *petitiones* ausdrücklich aufgehoben. Vergl. *Cod. Theodos.* X, 10. 12. 13. *Cod. Justinian.* X, 12.

2) Vgl. *Cod. Theodos.* V, 2. 3. 4. *Cod. Just.* VI, 62. X, 14. *Nov.* 38. — Bei dieser Gelegenheit ist denn auch das von Vielen angeführte Successionsrecht des *socii liberalitatis imperialis* zu erwähnen. Die richtige Voraussetzung bei diesem Falle (vgl. §. 161. Note 5.) ist folgende: wenn Mehrere zusammen eine *petitio bonorum* angestellt und die vacante Erbschaft erhalten hatten, hierauf aber Einer von ihnen starb, so sollte dessen Portion nicht von Neuem vacant werden, sondern seinem *socius liberalitatis imperialis* (*copetitor*) accresciren. Der für uns ganz antiquarische Fall gehört offenbar nicht zur Universalsuccession. — Ueber die Erklärung der Worte: „*nullo herede relicto*" in der *c. un. C.* 10, 14. vgl. Koch *succ. ab intest.* §. 107. Glück a. a. O. §. 205.

1) Die *Nov.* 18. hat nichts darüber bestimmt, ob auch den na-

Digitized by Google

gungen gewisser Maafsen ein Recht, ihrem natürlichen Vater zu succediren: 1) es müssen wahre *naturales* seyn, von einer Concubine geboren, zu einer Zeit, wo ihr Erzeuger nicht zugleich in einer andern Ehe lebte und auch nur eine Concubine hatte; 2) der Vater mufs ohne legitime Kinder und ohne Gattin gestorben seyn. Wenn diese Voraussetzungen eintreten, so sollen die natürlichen Kinder neben allen andern Intestaterben ihres Vaters ein Erbrecht, auf $\frac{2}{12}$ (*in sextantem*) der ganzen Erbschaft haben. Dieser Erbtheil wird unter sie *in capita* vertheilt, jedoch dergestalt, dafs, wenn ihre Mutter noch lebt, diese auch einen Kindestheil erhält [2]). Obgleich die natürlichen Kinder zusammen nie mehr als die ihnen bestimmt angewiesene Portion erhalten können, so findet doch unter ihnen selbst ohne Zweifel ein Recht des Zuwachses Statt.

§. 380.

II) *Succession des natürlichen Vaters.*

Nov. LXXXIX. *c.* 13.

In allen Fällen, wo das natürliche Kind dem Vater succedirt haben würde, succedirt dieser auch ihm. Man mufs daher immer erst berechnen, wie viel das Kind geerbt hätte, und dann mufs man dem Vater von dem Vermögen des Kindes dieselbe Quote zusprechen.

---

türlichen Enkeln das Erbrecht zugesprochen werden müsse; die *Nov.* 89. aber verweiset auf die *c.* 12. *C.* 5, 27., und in diesem Gesetze werden die Enkel geradezu von der Succession ausgeschlossen.

2) Ueber die Alimentation der natürlichen Kinder, im Fall die Voraussetzungen ihres Erbrechts nicht eintreten, vergl. *Nov.* 89. *c.* 12. §. 6.

Digitized by Google

§. 381.

III) *Succession des Verpflegers eines Wahnsinnigen.*

Nov. CXV. *c.* 3. §. 12.

Wenn der Verstorbene im Zustande des Wahnsinnes von seinen eigenen Verwandten verlassen wurde und ein Fremder oder entfernterer Verwandte ihn aus Mitleid zu sich genommen und verpflegt hat, so soll, wenn der nähere Verwandte vergeblich zu seiner Pflicht ermahnt ist, bei dem Tode des Wahnsinnigen, der Verpfleger desselben ihm allein succediren.

§. 382.

IV) *Succession der armen Ehefrau.*

Nov. CXVII. *c.* 5. (v. J. 541.)

Wenn die oben (§. 377.) beschriebene ordentliche Succession des Gatten nicht eintreten kann, so soll die arme Ehefrau doch wenigstens ein ausserordentliches Erbrecht haben. Wenn nemlich die Ehe bis zum Tode des Erblassers fortgedauert hat, die Frau arm und der Mann reich ist, so soll sie neben allen andern Intestaterben des Mannes zur Succession gelangen. Bei der Succession selbst sind folgende Fälle zu unterscheiden: 1) wenn die arme Gattin mit eigenen Kindern concurrirt, so erhält sie an ihrem Erbtheile blofs den Niefsbrauch, das Eigenthum geht aber auf die Kinder über [1]). Der Niefs-

1) Wenn die Frau mit Enkeln eines Stammes concurrirt, so entsteht die Frage, ob diese für eine Person gezählt werden sollen, oder nicht? — Sterben die Kinder, denen die Proprietät zustand, so läfst sich nach der allgemeinen Natur des Niefsbrauches nicht behaupten, dafs derselbe nunmehr in Proprietät verwandelt werden müsse. Anderer Meinung ist Glück a. a. O. §. 125. Die Worte „*liberis non exstantibus*“ in der *Auth.* „*praeterea*“ C. 6, 18. sagen nur so viel: wenn keine Kinder zur Zeit des Todes

brauch bezieht sich entweder auf ¼ des ganzen Vermögens, oder auf eine Virilportion, je nachdem drei oder weniger Kinder, oder mehr als drei Kinder vorhanden sind. 2) Wenn die Frau mit Stiefkindern oder andern Intestaterben succedirt, so erhält sie genau dasselbe als Proprietät und ist folglich nun als eigentlicher Erbe zu betrachten [2]). 3) Wenn sie endlich mit eigenen und Stiefkindern concurrirt, so gilt, was in den vorigen Fällen einzeln galt, nun in Verbindung [3]).

---

da sind, und der Ausdruck „*dominium liberis servetur*" in der *Nov.* 117. heifst nichts Anderes, als: die Proprietät soll zunächst den Kindern erhalten werden, keineswegs aber wird dadurch bestimmt, dafs die Erben der Kinder die Proprietät verlieren sollen.

2) Das *ius accrescendi* hilft der Frau nur in den Fällen, wo sie weniger als 1/4 bekommt, weil sie gesetzlich nicht mehr haben soll.

3) Eine solche Verbindung ist natürlich zugleich mit Kindern und andern Verwandten nicht denkbar.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Von der testamentarischen Erbdelation.

Donellus *Libr.* VI. *c.* 4—27. — Just. Claproth von Testamenten, Codicillen u. s. w. Gött. 1782. 8. — Ernst Christ. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben ihrer Form und Gültigkeit. Lpz. 1798. 8.

Erster Absatz.

Von der anfänglichen Gültigkeit der directen Erbdelation.

§. 383.

Vorerinnerung.

Die testamentarische Erbdelation erfolgt überhaupt durch einen erklärten letzten Willen des verstorbenen Bürgers, in dessen Vermögen succedirt werden soll. Hierbei sind aber zwei Fälle wohl von einander zu unterscheiden: entweder soll nemlich die Erbschaft geradezu vom Erblasser auf den Erben übergehen, oder nur mittelbar durch einen Dritten, welcher dieselbe restituiren soll; in jenem Falle ist directe, in diesem fideicommissarische Erbdelation vorhanden. — Wir bleiben zunächst bei der directen Erbdelation stehen, welche jederzeit ein Testament im eigentlichen Sinne voraussetzt, d. h. eine feierliche und vollkommene, das Schicksal des gesammten Vermögens nach dem Tode betreffende Erklärung des Willens von Seiten des Erblassers [1]). Zur

1) *Fr.* 1. *D.* 28, 1. „*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*“ (Das Wort *iustum* bedeutet 1) überhaupt was rechtlich gilt

gültigen Delation einer Erbschaft überhaupt wird aber vorausgesetzt, dafs sie gleich Anfangs nicht nur gültig geschehen, sondern auch nachher nicht wieder ungültig geworden sey. Vor allen Dingen mufs gegenwärtig untersucht werden, unter welchen gesetzlichen Vorschriften ein gültiges Testament zu Stande kommen könne [2]).

§. 384.

I) *Von der Person des Testators.*

Inst. II, 12. *Dig.* XXVIII, 1. *Cod.* VI, 22. — Donellus *Libr.* VI. *c*, 5.

In Hinsicht auf den Testator gilt der allgemeine Grundsatz: ein Jeder kann ein Testament machen, dem es nicht untersagt worden ist; insonderheit aber mufs der Testator ein freier, im römischen Staate lebender Mensch seyn und Testirfähigkeit besitzen, deren er sich durch seinen bisherigen Lebenswandel nicht verlustig gemacht hat. Aus dem ersten Grunde sind Sclaven, Bürger die Sclaven der Feinde geworden sind, und Deportirte aus-

---

oder genehmigt wird, z. B. *iusta conventio*, *iustus metus* u. s. w.; 2) was in einer durch das Recht vorgeschriebenen Form geschieht, z. B. *iusta uxor* (*per conventionem in manum*), *iustum testamentum*; 3) was vollkommen ist, rechtlich aus allen seinen Theilen besteht, z. B. *iusta aetas*. — Alle drei Bedeutungen lassen sich zwar mit dem Begriff des Testamentes verbinden, im Gegensatz zu den Codicillen wird aber ganz vorzüglich die zweite verstanden und man darf daher mit Accurs, wegen der nicht erwähnten Erbeinsetzung, keineswegs glauben, dafs die Definition unvollständig sey.

2) Die gesetzlichen Vorschriften sind in der Regel beschränkend, nur Soldaten, während des Feldzuges, haben ein freies Recht zu testiren; daher die Eintheilung in gemeinrechtliches und Soldatentestament. Das letztere soll unten in einem Anhange dargestellt werden.

Digitized by Google

geschlossen [1]). Aus dem zweiten Grunde Alle diejenigen, welche kein Vermögen haben, worüber testirt werden kann [2]) und welche keinen Verstand und keine Fähigkeit besitzen, den letzten Willen gehörig zu erklären. Insonderheit sind wegen ihres bisherigen Lebenswandels Alle diejenigen unfähig, welche solche Verbrechen und Schandthaten begangen haben, worauf Unfähigkeit zu testiren ausdrücklich zur Strafe gesetzt ist [3]). — Die Fähigkeit des persönlichen Zustandes ein Testament zu machen (die s. g. *testamentifactio activa*), wird übrigens blofs nach dem Anfange des Geschäftes, d. i. nach der Zeit, wo testirt wurde, beurtheilt [4]).

§. 385.

II) *Von der Art und Weise des Testirens.*

Inst. II, 10. *Dig.* XXVIII, 1. *Cod.* VI, 22. 23. — Donellus *Libr.* VI. *c.* 6 — 10. 28.

A) Von den öffentlichen Testamenten.

Die öffentlichen Testamente können auf doppelte Weise zu Stande kommen: 1) durch blosse Ueberreichung, die

1) *Fr.* 8. 11. 19. *D. h. t.* — Das vorher gemachte Testament der in feindliche Gefangenschaft gerathenen Bürger kann jedoch *iure postliminii* oder *ex fictione legis Corneliae* gültig werden. *Fr.* 17 — 19. *D.* 49, 15.

2) Wegen des fehlenden Vermögens sind in der Regel Familiensöhne unfähig. Vergl. *Pr. I.* 2, 12. *Fr.* 2 *D.* 49, 17. *Nov.* 118. *c.* 2. *Auth.* „*Defuncto*" *C.* 6, 56. Der zum Testiren erforderliche Verstand ist nicht vorhanden, so oft die richtige Beurtheilung (*iudicium*) entweder ganz fehlt, sey es wegen Geisteskrankheit oder wegen unreifen Alters (§. 1—3. *I. h. t.*); oder so oft Irrthum die richtige Beurtheilung verhindert. (*Fr* 14. 15. *D. h. t.*) Ueber die Unfähigkeit den letzten Willen zu erklären, vergl. §. 3. 4. *I. Fr.* 6. §. 1. *D. c.* 10 21. *C. h. t.*

3) *Fr.* 18. §. 1. *Fr.* 26. *D. h. t. c.* 3. *C.* 1, 6. *c.* 6. *C.* 5, 5. und die daselbst befindlichen Authentiken.

4) *Fr.* 19. *D.* §. 1. *I. h. t.*

dem Princeps oder dessen Stellvertreter geschieht, mit der Bitte: das Testament, wie gewöhnlich zu geschehen pflegte, im Consistorium vorlesen und darauf vom *magister libellorum* in das Archiv (*scrinia*) aufnehmen zu lassen [1]; 2) durch eine schriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens vor der Obrigkeit, mit der Bitte: über den erklärten Willen eine öffentliche Urkunde aufzunehmen [2]. In beiden Fällen wird öffentlicher Glaube begründet, es entsteht mithin ein öffentliches Testament.

§. 336.

B) Von den Privat-Testamenten.

1) Vom schriftlichen Testament.

a) In der Regel eintretende Erfordernisse.

Zu den in der Regel eintretenden Erfordernissen des schriftlichen Testamentes gehört 1) die Scriptur des Testamentes an und für sich; diese muſs lesbar seyn [1], einerlei sonst, worauf sie geschrieben stehet [2], auch kommt es nicht darauf an, zu welcher Zeit, oder von wem das Testament geschrieben ist [3]; 2) die Bestätigung der Scriptur; wobei auf drei Puncte Rück-

1) *c.* 19. *C.* 6, 23.

2) *c.* 6. *C.* 7, 52. „*Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides.*“

1) Correcturen die mit dem Willen des Testators vorgenommen sind und wobei die Schrift lesbar bleibt, bringen keine Ungültigkeit hervor. Vergl. *c.* 12. *C.* 6, 23.

2) §. 12. *I.* 2, 10. *Fr.* 1. *pr. D.* 28, 11. *c.* 15. *C.* 6, 23.

3) *c.* 21. *pr. C.* 6, 23. — Justinian verordnete zwar in der *c.* 29. *C.* 6, 23.: der Testator müsse den Namen des Erben entweder selbst schreiben, oder öffentlich vor den Zeugen aussprechen, damit diese ihn in der Unterschrift bemerkten; er hat aber selbst diese später hin wieder aufgehoben. Vgl. *Nov.* 119. *c.* 9. und *Auth.* „*Et non observ.*“ *Cod. eod.*

Digitized by Google

sicht zu nehmen ist: auf die Zuziehung der Zeugen, auf die Erklärung des testatorischen Willens und auf die Schlufshandlung oder Testation der Zeugen selbst.

§. 387.

α) Von der Zuziehung der Zeugen.

Die Zeugen müssen vor allen Dingen **rogirt** seyn, d. h. der Testator mufs ihnen seine Absicht, dafs er ein Testament errichten wolle, zu erkennen geben, ihre Zusammenkunft mag übrigens zufällig gewesen seyn oder nicht [1]). Es mufs ferner die gesetzliche aus **sieben** bestehende Anzahl von Zeugen vorhanden seyn, und endlich müssen sie **fähig** gewesen seyn, zur Zeit der Signatur des Testamentes ein gültiges Zeugnifs ablegen zu können. Von Natur verhindert und ausgeschlossen sind Alle diejenigen, welche ihrer physischen Beschaffenheit nach kein Zeugnifs ablegen können [2]); gesetzlich wegen eines allgemeinen Hindernisses sind ausgeschlossen: alle Nichtbürger (also Sclaven und Deportirte), ferner Weiber [3]), solche, die wegen eines öffentlichen Verbrechens verurtheilt sind und *qui lege intestabiles sunt.* Ein besonderes gesetzliches Hindernifs entsteht, theils aus der durch die väterliche Gewalt mit dem Testator bewirkten **persönlichen Einheit**, theil aus der **Erbeinsetzung**, als testamentarischen Hauptgeschäft [4]).

---

1) *Fr.* 21. §. 2. *D.* 28, 1. *c.* 21. *pr. C.* 6, 23.

2) §. 6. *I.* 2, 10. (Die **Blinden** sind in dieser Stelle wohl nur aus Versehen nicht erwähnt worden.)

3) §. 6. *I. eod. Fr.* 20. §. 6. *D.* 28, 1.

4) §. 9. 10. *I.* 2, 10. *Fr.* 20. *pr. D. h. t.*

Digitized by Google

§. 388.

β) Von der Erklärung des testatorischen Willens und von der Testation der Zeugen selbst.

Die Erklärung des testatorischen Willens besteht nicht darin, dafs der Inhalt des aufgeschriebenen Testamentes den Zeugen bekannt werde, sondern der Testator braucht blofs das Testament für das seinige anzuerkennen und die Zeugen, welche er vor sich siehet [1]), um Subscription und Obsignation zu bitten [2]). Wenn dieses geschehen ist, mufs der Testator am Schlufs des Testamentes (*in extrema testamenti parte*) seinen Namen mit der Bemerkung hinschreiben, dafs es sein eigenes Testament sey. — Die Schlufshandlung oder Testation der Zeugen selbst besteht sowohl aus der Unterschrift, als aus der Besiegelung [3]). Beides aber mufs nicht nur in Gegenwart aller übrigen Zeugen, sondern auch zu einer und derselben Zeit geschehen. Das Testament darf durch keinen fremden, nicht dazu gehörigen Act unterbrochen werden [4]).

---

1) Vergl. *c.* 9. *C.* 6, 23. „*Si — — — testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt: nullo iure testamentum valet.*“

2) Hat der Testator die gehörige Form beobachtet, so kann er sogar den Hauptinhalt des Testamentes, die Erbeinsetzung, anderswo (in einem Codicill) zu bestimmen sich vorbehalten (*Testam. mysticum*). *Fr.* 77. *D.* 28, 5. *Fr.* 10. *pr. D.* 28, 7.

3) *Fr.* 30. *D.* 28, 1. *c.* 21. *C. cit.* Auf die Form des Siegels kommt es nicht an. (Die Leseart im *Fr.* 22. §. 5. *D.* 28, 1. „*Et magis est ut tantum annulo quis possit signare*“ ist negativ zu fassen, wie sich schon aus dem Nachsatze ergiebt.) Alle Zeugen können dasselbe Siegel gebrauchen, einerlei wem es gehört. *Fr.* 22. §. 2. *D. eod.* §. 5. *I.* 2, 20.

4) §. 3. *I.* 2, 10. *Fr.* 20. §. 8. *Fr.* 21. §. 3. *D. h. t. c.* 21. *C.* 6, 23. Vergl. jedoch *c.* 28. *C. eod.*

Digitized by Google

§. 389.

b) Abweichende Erfordernisse.

α) Vermehrte Solennitäten.

Vermehrte Solennitäten finden sich: 1) beim Testament des Blinden; der letzte Wille des Testators mufs hier nemlich allen Zeugen zu gleicher Zeit, entweder von dem Blinden vorgesagt und darauf von einem achten Zeugen, wo möglich von einem Notar, aufgeschrieben und sodann mit Genehmigung des Blinden wieder vorgelesen; oder es mufs derselbe vorher aufgeschrieben und mit Consens des Blinden deutlich von einem der Zeugen vorgelesen, und überhaupt die Person des eingesetzten Erben nicht blofs genannt, sondern auch näher beschrieben werden [1]; 2) beim Testamente dessen, der nicht schreiben kann, wobei gleichfalls Zuziehung und Unterschrift eines achten Zeugen erforderlich ist [2].

§. 390.

β) Theils vermehrte, theils verminderte Solennitäten.

Die Solennitäten sind theils vermehrt, theils vermindert: 1) beim Testament der Landbewohner [1]; 2) beim Testament der Aeltern unter ihren Kindern [2]; 3) beim *testamentum tempore pestis conditum* [3]; 4) beim letzten unvollkommenen Testament, welches bisweilen dem ersten vollkommenen vorgezogen wird [4].

---

1) *c.* 3. *C.* 6, 22.

2) *c.* 21. *pr. v.* „*Quod si literas*“ *C.* 6, 23.

3) *c.* 31. *C.* 6, 31.

4) *c.* 21. §. 1. *C. eod. ibique Auth. Nov.* 107. *c.* 1. Ueber das beizusetzende Datum vergl. M. J. Euler *de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini* 1820. Andreä Beitrag zur Lehre vom *test. parent. inter liberos* (im Archiv f. civilist. Praxis Bd. IV. Heft 3. S. 370.)

5) *c.* 8. *C.* 6, 23. 6) *c.* 21. §. 3. *C. eod.*

Digitized by Google

§. 391.

2) Vom mündlichen Testamente.

Das mündliche Testament (*testam. nuncupativum*) besteht darin, dafs der Testator seinen letzten Willen vor sieben Zeugen, wie sie vorhin beschrieben sind, ununterbrochen und deutlich (*palam*) erklärt [1]). Schrift ist hierbei nicht nöthig, ausser beim Testament des Blinden, wobei, wie gesagt, Schrift und mündlicher Vortrag zugleich erfordert wird. — Auf jeden Fall ist des sicherern Beweises wegen, das schriftliche Testament dem mündlichen vorzuziehen.

§. 392.

III) *Von dem Inhalte eines Testamentes.*

A) Von dem wesentlichen Inhalte, oder der Erbeinsetzung.

Inst. II, 14. *Dig.* XXVIII, 5. 7. *Cod.* VI, 24. 25. — Donellus *Libr.* VI. *c.* 17—21.

1) Von der Erbeinsetzung an und für sich.

Im Allgemeinen ist in jedem Testament die Einsetzung eines Erben erforderlich, und zwar so unbedingt, dafs von ihrem Daseyn die Gültigkeit des Testamentes selbst einzig und allein abhängt [1]). Die Befugnifs aber, gültig zu instituiren, oder die Institution an und für sich, ist an gewisse unabänderliche Bedingungen gebunden, die sich theils auf die Person des Erben, theils auf die Art und

---

1) §. 14. *I.* 2, 10. *F.* 21. 25. *D. h. t. c.* 21. §. 2. *C.* 6, 23.

1) §. 34. *I.* 2, 20. „— — *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*“ *Fr.* 20. *D.* 29, 7. u. m. a. St.

Digitized by Google

Weise der Institution, theils endlich auf die Zahl der Erben und Erbschaftstheile beziehen [2]).

§. 393.

a) Von der Person des Erben.

Nur diejenigen können instituirt werden, welche mit dem Testator Testamentifaction haben (*cum quibus est testamentifactio*) [2]); hierzu wird aber erfordert, dafs der Erbe ein freier im römischen Gebiete sich aufhaltender Mensch sey [2]). Nicht alle römische Bürger sind aber gültige Erben [3]) und auch nicht alle Sclaven römischer Bürger. Die Unfähigen können jedoch unter der Bedingung ihrer Fähigkeit gültig instituirt werden [4]), und über-

---

2) Auf den bei der Einsetzung gebrauchten Ausdruck kommt es, wenn nur der Wille des Testators hinlänglich dadurch bezeichnet ist, nach neuerm Rechte nicht mehr an. *c.* 15. *C.* 6, 23. vgl. Ulpiani *Fragm.* XXI. *Fr.* 1. §. 3. 4. *Fr.* 48. *D.* 28, 5.

1) §. 4. *I.* 2, 19. *Fr.* 49. §. 1. *D.* 28, 5.

2) Zu den Freien, welche als Nichtbürger ausgeschlossen sind, gehören insonderheit die Söhne der Hochverräther. Vgl. die schmachvolle Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius in der *c.* 5. *C.* 9, 8.

3) Einige können von gewissen Personen durchaus nicht instituirt werden, dahin namentlich solche Personen, die inceste und verbotene Ehen eingegangen haben. vgl. *c.* 6. *C.* 5, 5. *Auth.* „*Ex complexu*“ *C. eod.* Andere sind blofs in gewisser Hinsicht ausgeschlossen, z. B. der *princeps litis causa institutus.* § 8. *I.* 2, 17. *Fr.* 91. *D.* 28, 5. Andere endlich sind zwar überhaupt fähig, können aber in Hinsicht auf gewisse Personen nur einen bestimmten Theil der Erbschaft erhalten, es fehlt ihnen die *solidi capacitas.* Dahin gehören nach neuerm Rechte nur noch die mit einer Concubine erzeugten Kinder (*liberi naturales*). Vergl. *Nov.* 89. *c.* 12.

4) Vergl. *Fr.* 62. *D.* 28, 5.

Digitized by Google

haupt wird nicht erfordert, dafs die Erben im Stande seyen, sich selbst ein Testament zu machen [5]). Sollten die Anfangs fähigen Erben in der Folge zwar unfähig geworden seyn, aber nach einiger Zeit ihre Fähigkeit wieder erlangt haben, so kommt es bei *Extraneis* auf die Zeit des errichteten Testamentes, der wirklichen Delation und des Erwerbes, bei *Suis* hingegen nur auf den doppelten Zeitpunct des errichteten Testamentes und des Todes des Testators an (*media tempora non nocent*) [6]).

§. 394.

b) Von der Art und Weise der Institution.

Die Institution kann auf verschiedene Art geschehen, je nachdem derselben ein besonderer Umstand oder nähere Bestimmung hinzugefügt wird, oder nicht. Wir bleiben hier blofs bei den Adjectionen stehen, welche als fehlerhaft verboten sind, woraus sich denn die erlaubten von selbst ergeben werden. Die fehlerhaften Adjectionen sind aber wieder der Wirkung nach verschieden: entweder ist nemlich das Adjicirte blofs ungültig und wird nicht geachtet, oder das Adjicirte macht zugleich die ganze Institution ungültig. Jenes ist der Fall bei einer gewissen Zeitbestimmung (*dies certus*) [1]), bei einer hinzugefügten unmöglichen Bedingung [2]), und bei einer als Erbschaft hinterlassenen einzelnen Sache [3]); dieses hingegen, wenn

5) *Fr.* 14. *D.* 28, 1. §. 25 *I.* 2, 20.

6) *Fr.* 6. §. 2. *Fr.* 49. *D.* 28, 5. §. 4. *I.* 2, 19.

1) §. 9. *I.* 2, 14. *Fr.* 34. *D.* 28, 5.

2) §. 10. *I.* 2, 14. *Fr.* 1. *D.* 28, 7.

3) Die Einsetzung wird hier, so weit es nöthig ist, auf das Ganze ausgedehnt. Bei mehrern eingesetzten Erben insonderheit kommt es darauf an, ob Alle *ex rebus certis* eingesetzt sind, oder nur Einer. Vgl. *Fr.* 1. §. 4. *Fr.* 75. (Die Florentinische Leseart „*excepto*" ist unrichtig und in „*ex certo*" zu verwandeln.) *Fr.* 78. *D.* 28, 5. *c.* 13. *C.* 6, 54.

Digitized by Google

eine *turpis designatio heredis* hinzugefügt ist [4]), oder wenn der *Suus* unter einer nicht potestativen Bedingung instituirt ist [5]), oder wenn überhaupt die Bedingung ausdrücklich von dem Willen eines Andern abhängig gemacht, oder captatorisch ist [6]).

§. 395.

e) Von der Zahl der Erben und Erbschaftstheile.

Der Testator hat freie Befugniss, ob er einen oder mehrere Erben und mehrere entweder bloss der Zahl oder bloss dem Grade nach, oder der Zahl und dem Grade nach zugleich, einsetzen will. Eben so steht es ihm frei, die Erbschaft, wie er es für gut hält, zu vertheilen; er kann gleiche oder ungleiche, überhaupt so viel oder so wenig Theile machen, als es ihm beliebt [1]). Um die Vertheilung zu erleichtern, haben die römischen Juristen jede Erbschaft als ein Ganzes (*As*) von zwölf bestimmten Theilen (*Unciae*) angesehen. Die einzelnen Uncien erhalten besondere Namen, die entweder die Zahl der Theile des Ganzen ausdrücken (dahin *sextans* $\frac{2}{12}$, *quadrans* $\frac{3}{12}$, *triens* $\frac{4}{12}$ und *semis* $\frac{6}{12}$), oder die Zahl der Uncien selbst (dahin *quincunx* $\frac{5}{12}$, *septunx* $\frac{7}{12}$, *bes* $\frac{8}{12}$, *dodrans* $\frac{9}{12}$, *dextans* oder *decunx* $\frac{10}{12}$, *deunx* $\frac{11}{12}$).

4) *Fr.* 9. §. 8. *D.* 28, 5. Vgl. jedoch *Fr.* 48. §. 1. *D. eod.*

5) *Fr.* 15. *D.* 28, 7. (Es gilt dieses nach neuerm Recht nicht bloss beim *suus filius.*)

6) *Fr.* 32. 68. *D.* 28, 5. *Fr.* 64. *D.* 30. *c.* 11. *C.* 6, 21. Wechselseitige Testamente an und für sich sind erlaubt, *Fr.* 70. *D.* 28, 5., und eine auf die Vergangenheit, nicht auf die Zukunft bezogene Gegeneinsetzung ist gültig. *Fr.* 71. *D.* 28, 5.

1) §. 5. *I.* 2, 15. „— — *Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt quot testator voluerit etc.*“

§. 396.

2) Von dem Willen in Beziehung auf die Institution.

Bisher wurde die Befugniſs zu instituiren, an und für sich und ohne Beziehung auf einen individuellen Willen dargestellt; es ist aber nicht genug, daſs der Testator einen Erben einsetzen konnte, sondern er muſs sich auch der ihm zustehenden Befugniſs wirklich bedient und solchergestalt seinen Willen zu erkennen gegeben haben. Die wirkliche Einsetzung eines Erben beruht nun sowohl auf den vom Testator gebrauchten Worten, als auf dem Sinn, welchen er damit verbunden hat [1]). Beides ist unzertrennlich verbunden und muſs sich bei jedem einzelnen Bestandtheil der Institution nothwendig nachweisen lassen.

§. 397.

a) Bezeichnung des Erben.

Die wörtliche und dem Willen des Testators angemessene Bezeichnung des Erben geschieht vor allen Dingen mit dem gewöhnlichen Namen, sodann aber auch durch jede andere verständliche und ehrbare Bezeichnung [1]); selbst durch einen Fingerzeig [2]), wenn der Erbe gegenwärtig ist, oder durch Hinweisung

---

1) *Fr.* 9. *pr. D.* 28, 5. „*Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans — —: placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur; neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.*“

1) *Fr.* 9. §. 8. *D. eod.* „*Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi: valet institutio.*“

2) *Fr.* 58. *D. eod.* „*Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: hic mihi heres esto, cum sit coram qui ostenditur.*“

Digitized by Google

auf etwas Anderes, woraus der Name des Erben erhellen wird, z. B. auf einen Codicill [3]). Der bloſse Wille des Testators ohne Schrift und Bezeichnung reicht niemals hin, und sollte aus Irrthum [4]) oder Unachtsamkeit [5]) ein Anderer bezeichnet seyn, als welchen der Testator gewollt hat, so ist dieser so wenig Erbe, als der Bezeichnete.

§. 398.

b) Bezeichnung der Institution.

Die Institution zu bezeichnen, ist es gleichfalls einerlei welche Worte gebraucht sind, wenn nur die Einsetzung daraus erhellet [1]). Ausdruck ohne Willen, so wie umgekehrt Wille ohne Ausdruck, macht wieder die ganze Einsetzung ungültig [2]). Dasselbe gilt insonderheit bei einer Bedingung, als nothwendigen Voraussetzung der Institution [3]); es müſste denn ein bloſs relativer Wille vorhanden gewesen seyn, bedingt zu testiren [4]).

§. 399.

---

3) *Fr.* 10. *D.* 28, 7. (vergl. §. 388. Note 2.)

4) Irrthum in der Person schadet immer, eben so Irrthum in der Verwandtschaft, wenn diese als Bestimmungsgrund der Einsetzung zu betrachten ist. *c.* 3. 4. 7. *C.* 6, 24. Irrthum im Vater, Vaterlande des Erben, oder einer sonstigen Eigenschaft kann, wenn übrigens der Erbe hinreichend bezeichnet ist, so wenig Ungültigkeit herbeiführen (*c.* 4. *C.* 6, 23.) als eine wissentlich als Zeichen der Zuneigung gewählte unrichtige verwandtschaftliche Benennung. (*Fr.* 58. *D.* 28, 5.)

5) *Fr.* 9. *pr. D.* 28, 5. vergl. *Fr* 22. *pr. D.* 32.

1) Oft reicht schon eine ellyptische Redensart hin, z. B. *Titius heres, Titius esto.*

2) *c.* 15. *C.* 6, 25. 3) *Fr.* 9. §. 5. *D.* 28, 5.

4) z. B. *Ille heres esto secundum conditiones infra scriptas.* Vergl. *c.* 8. *C.* 6, 25.

Digitized by Google

§. 399.

c) Bezeichnung der Erbschaftstheile.

Die Einsetzung der Erben ohne weitere Bestimmung bringt immer gleiche Theile mit sich; ungleiche Theile hingegen müssen ausdrücklich festgesetzt werden, da sich ihre Bestimmung nicht von selbst versteht. — Auch bei der Vertheilung der Erbschaft ist nicht blofs auf den Ausdruck, sondern vorzüglich auf die erweisliche Absicht des Testators Rücksicht zu nehmen [1], und wenn der Testator gar keine Theile hinzugefügt hat, sie aber hinzufügen wollte, so bleibt nichts übrig, als dafs zu gleichen Theilen geerbt werde [2]. — In gewissen Fällen mufs der Wille des Testators besonders interpretirt werden, namentlich: 1) wenn alle Erben zwar unbestimmt eingesetzt, aber mehrere dem Ausdrucke nach verbunden sind; in diesem Falle gelten die mehrern Verbundenen zusammen für eine Person [3], es müfste denn ausdrücklich bemerkt seyn, dafs alle Erben

---

1) Vergl. *Fr.* 9. §. 2. 3. *D.* 28, 5. „*Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus — — posse defendi ait, ex semissem heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum; quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere. Sed si maiorem adscripserit testamentarius, vel (quod difficilius est probatione) ipse testator (ut pro quadrante semissem), Proculus putat, ex quadrante fore heredem: quoniam inest quadrans in semisse; quam sententiam et Celsus probat.*“

2) *Fr.* 2. *D. eod.*

3) Die Verbindung geschieht entweder durch ein ausdrückliches Zusammenfassen Mehrerer, oder durch einen einzigen, Mehrere zugleich bezeichnenden Ausdruck, z. B *fratris mei filii, familia Sempronii.* Vergl. *Fr.* 15. 59. §. 2. *D.* 25, 5.

Digitized by Google

„*aeque*“ oder „*aequis partibus*“ erben sollen [4]); 2) wenn alle Erben bestimmt (*ex certis partibus*) instituirt sind und entweder die vom Testator bestimmten Theile das Ganze nicht erschöpfen, oder mehr als ein Ganzes nach den angegebenen Theilen betragen (z. B. wenn nur $\frac{7}{12}$, oder wenn $\frac{13}{12}$ vertheilt sind); hier mufs genau das Verhältnifs der vom Testator bestimmten Theile befolgt werden, da der Testator die Befugnifs hatte, die Erbschaft zu vertheilen wie er wollte, und ein Ganzes von mehr oder weniger Theilen als gewöhnlich anzunehmen (z. B. ein Ganzes von 7 oder von 15 Theilen) [5]); 3) wenn endlich einige Erben bestimmt, andere unbestimmt eingesetzt sind; hier mufs, wenn die bei den bestimmt Eingesetzten angegebenen Theile das Ganze nicht erschöpfen, den unbestimmt Eingesetzten das Uebrigbleibende gegeben werden; wenn aber die bestimmten Theile das Ganze erschöpfen, so mufs zum Vortheil der unbestimmt Eingesetzten eine Verringerung der bestimmten Theile um die Hälfte vorgenommen und die solchergestalt abgezogene Hälfte der ganzen Erbschaft den unbestimmt eingesetzten Erben gegeben werden (z. B. statt des, bei den auf bestimmte Theile eingesetzten Erben, vertheilten Ganzen von 12 Theilen, mufs nun ein Ganzes von 24 Theilen (*dupondium*) angenommen werden, wovon die eine Hälfte nach dem vom Testator angegebenen Verhältnifs unter die bestimmt eingesetzten, die andere Hälfte aber gleichmäfsig unter die unbestimmt eingesetzten Erben vertheilt wird [6]).

---

4) *Fr.* 13. 66. *D. eod.*

5) §. 5. 7. *I.* 2, 14. *Fr.* 13. §. 1. *D.* 28, 5. „*Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit: sed solemnis assis distributio in duodecim uncias fit.*“

6) §. 6. *I. h. t.* „*Partibus — in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit: si quidem aliqua pars assi*

Digitized by Google

§. 400.

B) Von dem zufälligen Inhalte eines Testamentes, insonderheit von den Substitutionen.

Inst. II, 15. 16. *Dig.* XXVIII, 6. *Cod.* VI, 26 Vgl. Donelli *comm. lib.* VI. *c* 23—27. — Claudii Chifleti *Tr. de substit.* (in Ottonis *thes. t.* V.) — Fr. Ramos del Manzano *Prael. ad tit. D. de v. et p. s.* (in Meerm. *thes. T.* VII.).)

Der zufällige Inhalt eines Testamentes kann sehr verschieden seyn; häufig wird darin z. B. eine testamentarische Tutel oder ein testamentarisches Pfand angeordnet, es kommen einzelne Vermächtnisse, Universalfideicommisse, Substitutionen u. s. w. darin vor. Wir bleiben gegenwärtig blofs bei den Substitutionen stehen, da der sonstige zufällige Inhalt eines Testamentes in einer andern Verbindung vorkommt.

§. 401.

1) Von den Substitutionen überhaupt.

Substitution ist Einsetzung eines anderweitigen Erben an die Stelle eines wegfallenden frühern, unter der Bedingung, dafs dieser (der zuerst eingesetzte Erbe) wegfallen werde [1]). Die Substitution kann übrigens geschehen: 1) entweder auf den Fall, dafs der Eingesetzte ganz deficirt, gar nicht zur Erbschaft gelangt (*subst. vulgaris*);

---

deerit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit: ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille, vel illi omnes in alteram dimidiam." *Fr* 13. §. 6. *D.* 28, 5. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn *expleto asse* der Testator ausdrücklich hinzugefügt hat: *ex reliqua parte heres esto. Fr.* 17. § 3 *D. eod.*

1) Die Gesetze sagen: *est institutio secundi heredis* oder *secundi gradus. Fr.* 43. §. 2. *D.* 28, 6. *Fr.* 20. §. 2. *D.* 28, 7.

Digitized by Google

2) oder auf den Fall, dafs er zwar Erbe wird, aber in der Folge mit Tode abgeht. (*Substitutio pupillaris* und *mente capti s. exemplaris.*) Die Vulgarsubstitution enthält eine Verfügung über das eigene Vermögen des Testators, während die übrigen Arten sich Ausnahmsweise auf fremdes Vermögen beziehen [2]).

§. 402.

2) Von den einzelnen Arten.

a) Von der Vulgarsubstitution.

Die Vulgarsubstitution ist, wie der Name schon sagt, Jedem erlaubt (*vulgo est licita*) und der Testator kann sie auch mehrmals fortsetzen und mehrere Substituten auf einmal ernennen; es kommt also dabei blofs auf den Willen an, sich dieser Befugnifs zu bedienen. Hinsichtlich des Willens entsteht aber eine doppelte Frage: einmal, wie derselbe ausgedruckt und bezeichnet werden müsse? sodann, zu welcher Zeit und in wiefern (zu welchen Theilen) die Erbschaft dadurch deferirt werde?

§. 403.

a) Wie wird die Vulgarsubstitution bezeichnet?

Die Vulgarsubstitution wird entweder mit ausdrücklichen Worten bezeichnet, oder stillschweigend als vorhanden angenommen. Das Erstere ist der Fall, wenn der Testator den blossen Ausdruck substituiren gebraucht, oder zugleich die Bedingung ihrer Existenz: *si heres non erit*,

---

2) Die *substitutio reciproca*, *compendiosa* oder *breviloqua*, welche man gewöhnlich als besondere Art der Substitution anführt, ist vorhanden, wenn die Miterben entweder zusammen, oder zum Theil einander substituirt werden. (§. 1. *I.* 2, 15. *Fr.* 37 §. 1. *D.* 28.) Sie besteht aber blofs aus einem zufälligen Zusammenfassen mehrerer Substitutionen und braucht daher nicht als besondere Art erwähnt zu werden.

Digitized by Google

ausgedruckt hat. Das Letztere hingegen tritt ein: 1) wenn der Vater seinem Kinde *pupillariter* substituirt hat. Die Pupillarsubstitution enthält nemlich sowohl eine Substitution des Unmündigen, auf den Fall, dafs er Erbe seines Vaters geworden und als solcher gestorben ist; als des Vaters, wenn der Unmündige vor Erlangung der väterlichen Erbschaft gestorben ist; sie begreift folglich immer auch die Vulgarsubstitution in sich [1]). 2) Wenn dem eingesetzten Erben ein Anderer substituirt ist und dem Substituten noch ein Dritter, so soll gleichfalls stillschweigend angenommen werden, dafs der Dritte auch dem zuerst eingesetzten Erben substituirt sey (*Substitutus substituto, censetur etiam substitutus esse instituto*) [2]).

§. 404.

β) Wann wird die Erbschaft deferirt und wie wird dieselbe vertheilt?

Dem Substituten wird die Erbschaft deferirt, sobald es gewifs ist, dafs der erste Erbe deficirt, d. i. dafs er weder *ipso iure* noch *per aditionem* Erbe geworden ist [1]).

---

1) *Fr.* 4. *D.* 28, 6. „*Iam hoc iure utimur ex D. Marci et Veri constitutione, ut cum pater filio impuberi in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur; sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit.*“ *c.* 4. *C.* 6, 26.

2) §. 3. *I.* 2, 15. „*Sed si instituto heredi, coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit: divi Severus et Antoninus rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*“ *Fr.* *D.* 28, 6. „*Si Titius coheredi suo substitutus fuerit deinde ei Sempronius: verius puto, in utramque partem Sempronium substitutum esse.*“ *Fr.* 41. *pr. D. eod.*

1) *Fr.* 42. *D.* 29, 2. *Fr.* 12. *D.* 28, 6. *c.* 5. *C.* 6, 26. (Der Ausdruck: *si heres non erit*, begreift sowohl den Fall des Nichtkönnens, als den des Nichtwollens; sollte aber der Testator auch nur einen Fall ausdrücklich genannt

Digitized by Google

Wenn mehrere Substituten concurriren, so kommt es bei der Vertheilung der Erbschaft darauf an, ob der Testator jedem Einzelnen der mehrern Substituten einen bestimmten Theil angewiesen hat, oder nicht; dort mufs die Vertheilung nach den vom Testator bestimmten Theilen geschehen, hier aber eine gleichmäfsige Vertheilung eintreten. Sollte jedoch eine zu bestimmten Theilen geschehene Einsetzung der mehrern Substituten vorausgegangen und bei der Substitution über die Vertheilung nichts bemerkt worden seyn, so richtet sich die Vertheilung genau nach den bei der Einsetzung vorhergegangenen Theilen [2]). Eine Ausnahme tritt jedoch alsdann ein, wenn der Erblasser die eingesetzten Erben nicht als solche, sondern mit ihrem gewöhnlichen Namen einander substituirt hat [3]).

§. 405.

b) Von der Pupillarsubstitution.

α) Befugnifs *pupillariter* zu substituiren.

Im Allgemeinen läfst sich die Befugnifs, pupillarisch zu substituiren, so angeben: dafs dem Vater das Recht zusteht, auf diese Weise über das gesammte Vermögen seiner unmündigen Kinder ein Testament zu errichten, oder, was dasselbe sagt, ihnen einen Erben zu ernennen [1]). Die näheren Bestimmungen dieser allgemeinen Befugnifs betreffen 1) das Vermögen; der Vater kann nemlich in der Regel über das gesammte Vermögen des unmündi-

---

haben, so mufs doch der andere stets mit verstanden werden.)

2) §. 2. *I.* 2, 15. *Fr.* 24. *D.* 28, 6. *c.* 1. *C.* 6, 26. (Ueber die Erklärung der Worte: „*Per legem alteram*" in dem *Fr.* 5. *D. eod.* vergl. Donellus *in Comm.* VI, 24. §. 33.)

3) *Arg. Fr.* 24 *D.* 36, 1. *Fr.* 142. *D.* 30.

1) §. 4. *I.* 2, 16. *Fr.* 2. *pr. Fr.* 10. §. 5. *D.* 28, 6.

Digitized by Google

gen Kindes substituiren [2]); 2) die Personen; der Vater substituirt dem unmündigen in seiner Gewalt befindlichen Kinde, wenn es nach des Vaters Tode in keine andere väterliche Gewalt zurückfällt [3]). Auf den Unterschied des Geschlechtes, des Grades und der Geburt kommt es nicht an; eben so wenig darauf, ob die väterliche Gewalt durch Zeugung in der Ehe oder durch eine juristische Handlung (Adoption oder Arrogation) erworben ist; ja sogar den enterbten Kindern kann vom Vater ein Substitut gegeben werden [4]). 3) Die eigenthümliche Bedingung dieser Substitution ist, dafs der Unmündige Erbe geworden [5]) und in der Unmündigkeit gestorben seyn mufs. Sollte der Vater die Zeit der Unmündigkeit überschritten haben, so bleibt die Pupillarsubstitution doch, als solche, bis zu der gesetzlichen Zeit bestehen und die weitergehende directe Substitution wird für eine fideicommissarische gehalten [6]). Dem Vater steht es übrigens frei, die Substitution auf weniger Zeit einzuschränken und auf verschiedene Zeiträume verschiedene Erben zu ernennen [7]). 4) Die

---

2) §. 4. *I. cit.* Eine Ausnahme tritt ein, bei dem Vermögen, welches der unmündige *Arrogatus* auch ohne Arrogation gehabt haben würde; denn dieses mufs bekanntlich nach dessen Tode seinen Verwandten restituirt werden. §. 3. *I.* 1, 11. *Fr.* 10. §. 6. *D.* 28, 6. (vergl. §. 92.)

3) *Fr.* 2. *Fr.* 33. *D.* 28, 6.

4) §. 4. *I.* 2, 16. *Fr.* 1. §. 2. *Fr.* 10. §. 5. *D.* 28, 6. Der Vater kann zwar dieselben nicht mit einem Vermächtnifs beschweren (*Fr.* 6. §. 1. *D.* 32. *c.* 9. *C.* 6, 42.), wohl aber ihnen einen Erben geben. Vergl. *Fr.* 42. *D.* 29, 2.

5) Bei den enterbten Kindern kann davon natürlich keine Rede seyn.

6) §. 8. *I.* 2, 16. *Fr.* 7. 14. *D.* 28, 6. „*In pupillari substitutione licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.*“ Vergl. *Fr.* 17. 76. *D.* 36, 1.

7) *Fr.* 21. 38. 43. §. 1. *D.* 28, 6.

Digitized by Google

äussern Solennitäten bestehen darin, dafs der Vater sich selbst zuvor, oder zugleich, ein Anfangs gültiges und in der Folge nicht ungültig gewordenes Testament errichten mufs, denn die Gültigkeit der Substitution wird ganz hiernach beurtheilt [8]).

§. 406.

Allgemeine Bemerkungen.

Der Name Substitution läfst sich bei der *substit. pupillaris* nicht auf einen frühern Erben des Unmündigen selbst beziehen, sondern rührt daher, weil der Erbe des Unmündigen der zweite Erbe seyn mufs, welchen der Vater ernennt [1]). Die Pupillarsubstitution ist übrigens als ein wirkliches Testament des Pupillen zu betrachten und es kommt folglich bei ihm, was den Inhalt betrifft, stets ein doppeltes Testament vor, sowohl ein Testament des Vaters als des Pupillen; nimmt man hingegen auf den Verfasser Rücksicht, so ist nur ein einziges väterliches Testament vorhanden, wovon das pupillarische eine blosse Accession ausmacht. Die doppelte Ansicht eines solchen Testamentes hat die wichtige Folge, dafs, je nachdem es dem Pupillen vortheilhaft oder blofs gleichgültig ist, das Testament bald als ein väterliches, bald aber nur als ein Testament des Pupillen betrachtet wird [2]).

§. 407.

β) Ausübung der Befugnifs, *pupillariter* zu substituiren.

1) Wie wird die Pupillarsubstitution bezeichnet?

Die Pupillarsubstitution wird wieder entweder mit ausdrücklichen Worten bezeichnet [1]), oder stillschweigend

8) §. 5. *I.* 2, 16. *Fr* 20. *D.* 28, 6.

1) *Fr.* 2. §. 7. *D.* 28. 6.

2) Ueber die wichtigen Folgen aus diesem Satze s. Donellus *in Comm.* VI, 25. §. 29.

1) *Pr. I.* 2, 16. *Fr.* 1. 2. §. 4. *Fr.* 4. 31. 38. 42. §. 8. *D.* 28, 6.

Digitized by Google

gefolgert Das Letztere ist der Fall: 1) wenn der Substitut blofs *vulgariter* substituirt worden ist [2]; 2) wenn die Erben wechselseitig einander substituirt sind, vorausgesetzt dafs sie sich alle noch in der Unmündigkeit befinden.

§. 408.

2) Wann und wiefern erfolgt die Delation?

Die Erbdelation erfolgt, sobald die Bedingung der Substitution eintritt, d. h. wenn der eingesetzte Unmündige, Erbe geworden und während der Unmündigkeit gestorben ist. Dafs die Delation dem, sowohl bestimmt als unbestimmt [1] bezeichneten, Substituten geschehe, versteht sich von selbst; es wird ihm aber dasselbe deferirt, was der Pupill zur Zeit seines Todes hatte, ohne Rücksicht, ob es vom Vater oder anderswo herrührt. Die Vertheilung geschieht nach denselben Grundsätzen wie bei der Vulgarsubstitution.

§. 409.

c) Von der Substitution des Wahnsinnigen.

Die Befugnifs, einem Wahnsinnigen zu substituiren, steht überhaupt den Aeltern zu, auf den Fall, dafs ihr eingesetztes wahnsinniges Kind als Erbe wahnsinnig gestorben ist. Diese Substitution ist theils nach dem Beispiel der Pupillarsubstitution eingeführt und gebildet [1],

---

2) *c.* 4. *C.* 6, 26. Zur Zeit des Freistaates stritten Mucius Scävola und Lucius Crassus darüber, ob die Pupillarsubstitution aus einer vorhandenen *vulgaris* gefolgert werden könne oder nicht. Vgl. Cicero *pro Caecina c.* 18. Quinctilianus VII, 6. Die *Divi fratres* entschieden den Streit und setzten zuerst die bejahende Meinung als Norm fest. Vergl. *Fr.* 4. *pr. D.* 28, 6.

1) Vergl. *Fr.* 3. 8. §. 1. *D. eod.*

1) §. 1. *I.* 2, 16. (Daher die Benennung *subst. exemplaris*)

Digitized by Google

theils aber wesentlich davon verschieden [2]). Die abweichenden Grundsätze bestehen darin, dafs sowohl mündigen als unmündigen Kindern auf diese Art substituirt werden kann; auch zur gültigen Anordnung dieser Substitution keine väterliche Gewalt nöthig ist, vielmehr die weiblichen Ascendenten des Wahnsinnigen so gut dieses Recht haben, als die männlichen. Hat der Wahnsinnige selbst Geschwister oder Descendenten, so sind diese entweder selbst wahnsinnig oder nicht. Im ersten Falle braucht der Substituirende ihnen nur den Pflichttheil zu hinterlassen und kann alsdann, wen er will, ihnen substituiren. Im andern Falle hingegen mufs er wenigstens Einen von ihnen, und zwar, wenn Descendenten da sind, wenigstens Einen davon, sonst aber wenigstens Eines von den Geschwistern substituiren [3]). — Die Substitution hört natürlich auf, wenn nach ihr der Wahnsinn einmal aufgehört und der gesunde Zustand bis zum Tode des Testators fortgedauert hat, sollte gleich der Wahnsinn in der Folge wiederkehren [4]). — Die Befugnifs in der Ausübung betrachtet, ist mit den gehörigen Modificationen wesentlich dieselbe, wie bei der Pupillarsubstitution.

---

2) Als Quelle gehört hierher: Justinian's Verordnung vom Jahr 528. in der *c.* 9. *C.* 6, 26.

3) *c.* 9. *C. cit.* Vergl. mit der richtigen Erklärung von Konopak in den Institutionen §. 367.

4) §. 1. *I.* 2, 16. — Auch den taubstummen Descendenten konnte mit Erlaubnifs des Princeps auf analoge Weise substituirt werden. *Fr.* 43. *D.* 28, 6.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Von der anfänglichen Gültigkeit der fideicommissarischen Erbdelation.

Inst. II, 25. *Dig.* XXXVI, 1. *Cod.* VI, 42. 49. — Donellus *Comm. Libr.* VI. *c.* 15—19. — Claud. Chifletii *de iure fideicommissor. Libri* IV. (*in* Ottonis *thes. T.* V.)

§. 410.

Vorerinnerung.

Die Fideicommisse, welche nach dem neuern römischen Rechte nicht mehr, wie ehemals, als blofs unvollkommene, der Gewissenhaftigkeit des eingesetzten Erben überlassene Verpflichtungen zu betrachten sind[1], weichen sowohl hinsichtlich der Delation als des Erwerbes so sehr von den directen Erbschaften ab, dafs eine abgesonderte Darstellung derselben durchaus nothwendig ist. Unter den s. g. Universalfideicommissen[2] sind nun aber diejenigen letztwilligen Verfügungen zu verstehen, wodurch der eingesetzte Erbe gebeten wird, den ganzen Nachlafs oder eine Quote desselben einem Andern wieder herauszugeben.

1) Ueber die Entstehung und Geschichte der Fideicommisse vergl. §. 1. *I.* 2, 23.

2) Die Singularfideicommisse sind nach neuerm Recht völlig den Legaten gleichgesetzt worden, und es ist demnach darüber auf die unten in dem zweiten Hauptabschnitt folgende Darstellung der Singularsuccession zu verweisen.

Digitized by Google

§. 411.

I) *Befugniſs der fideicommissarischen Erbdelation an und für sich.*

A) Subjective Erfordernisse.

Bei der fideicommissarischen Erbdelation kommen überhaupt drei Subjecte vor: 1) der, welcher das Fideicommiſs hinterläſst und anordnet (*Fideicommittens*); 2) der eingesetzte Erbe, dem die Restitution aufgetragen ist (*Fiduciarius*); und 3) der, welcher das restituirte Vermögen erhalten soll (*Fideicommissarius*). — Fideicommittent kann Jeder seyn, welcher das Recht hat ein Testament zu errichten [1]); Fideicommissar Jeder, der directer Erbe seyn kann [2]); Fiduciar endlich Jeder, der auf irgend eine Weise honorirt worden ist, in sofern dieses der Fall ist [3]).

§. 412.

B) Aeussere Erfordernisse.

Fideicommisse können sowohl in einem Testament, als in einem Codicill hinterlassen und durch den letztern insonderheit können sowohl die testamentarischen, als die Intestaterben um die Restitution gebeten werden [1]). Unter Codicill (*Codicilli*) ist aber eine, sowohl in Ansehung des Inhaltes, als der Form unvollkommene Erklärung des letzten Willens zu verstehen, welche nicht Testament ist,

---

1) *Fr.* 1. *pr.* §. 1. *D.* 36, 1. 2) §. 1. *I.* *Fr.* 67. §. 3. *D. h. t.*

3) §. 1. *I.* 2, 24. *c*, 9. *C.* 6, 42.

1) *Fr.* 8. §. 1. *D.* 29, 7. „— *ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*“ Vergl. *Fr.* 1. §. 6. *D.* 32. „— — *eorum fidei committi potest. ad quos aliquid morte perventurum est: vel dum eis datur, vel dum eis non «dimitur.*“

Digitized by Google

oder seyn soll [2]). — Auf die Errichtung gesehen, giebt es sowohl geschriebene, als ungeschriebene (mündliche) Codicille, wiewohl dem eigentlichen Sprachgebrauche nach, nur von den ersteren die Rede seyn sollte.

§. 413.

Allgemeine Grundsätze über die Codicille.

Inst. II, 25. *Dip.* XXIX, 7. *Cod.* VI, 36. — Donel. *Libr.* VI. *c.* 18. — Em. Dunii *Comm. de veteri ac novo iure codicillor. Rom.* 1752. 4.

Ein Jeder, welcher ein Testament errichten kann, ist befugt einen Codicill zu machen, und der Codicillant mufs vor fünf Zeugen entweder erklären, dafs in einer von ihm unterschriebenen Schrift sein Codicill enthalten sey, oder vor den Zeugen mündlich seinen Willen aussprechen [1]). Auch Weiber können gültige Zeugen seyn [2]). Die Zeugen müssen zu derselben Zeit zugezogen und die

---

2) Das unvollkommene Testament wird, unter den zum Codicill wesentlichen Voraussetzungen, als Codicill angesehen, wenn der Testator die s. g. *clausula codicillaris* ausdrücklich oder stillschweigend hinzugefügt hat. *c.* 8. §. 1. *C.* 6, 36. *c.* 14. *C.* 6, 42. *Fr.* 29. *D.* 28, 1.

1) *c.* 8. §. 3. *C.* 6, 36. (Der §. 3. *I.* 2, 25. ist so zu verstehen; *Codicilli nullam solemnitatem plenam atque perfectam desiderant.*) — Wenn der Testator in einem gehörig errichteten Testamente seine vorhergegangenen und nachfolgenden Codicille bestätigt hat, so wird das im Codicill Hinterlassene eben so als im Testament hinterlassen angesehen (*Codicilli testamento confirmati*). *Fr.* 77. *D.* 28, 5. *Fr* 10. *D.* 28, 7. — Bei dem mündlichen Codicill soll die mangelnde codicillarische Form der Gültigkeit nicht schaden, wenn der Inhalt der Verfügung selbst eidlich erhärtet oder auf sonstige Weise dargethan ist. *c.* 32. *C.* 6, 41. §. 12. *I.* 2, 13.

2) *Fr.* 20. §. 6. *D.* 28, 1.

Digitized by Google

Errichtung selbst darf durch keine fremde Zwischenhandlung unterbrochen werden (vergl. §. 388). — Auf den Inhalt gesehen, konnten ehemals keine Legate in Codicillen hinterlassen werden; nach neuerm Rechte sind aber nur directe Erbschaften von dem Inhalte derselben ausgeschlossen [3]. — Die Ungültigkeit einer codicillarischen Verfügung kann entweder durch einen entgegengesetzten [4], gehörig bewiesenen, Willen des Verstorbenen herbeigeführt werden, oder mittelbar erfolgen, wenn die Gültigkeit des Codicilles von einem vorhandenen Testamente abhängt [5].

§. 414.

C) Objective Erfordernisse.

Das Object, das der Fiduciar dem Fideicommissar herauszugeben gebeten wird, ist entweder die Erbschaft im Ganzen, oder ein *pars quota* derselben [1]. Die ganze Erbschaft mufs aber, nach den unten (beim Erwerbe) vorkommenden Grundsätzen nur dann restituirt werden, wenn der Fiduciar sich zum Antreten der Erbschaft hat zwingen lassen, denn bei der freiwilligen Antretung und Herausgabe braucht er nur $\frac{3}{4}$ der Erbschaft zu restituiren.

---

3) *c. 2. C. 6, 43. c. 2. C. 6, 36. §. 2. I. 2, 25.*

4) Mehrere einander nicht widersprechende Codicille sind zugleich gültig.

5) *Fr. 3. §. 2. D. 29, 7. „Testamento facto, etiam si codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit.“ Fr. 14. 16. D. eod. c. 1. pr. C. 6, 36.*

1) *Fr. 27. §. 8. D. 36, 1. §. 2. I. 2, 23.*

Digitized by Google

§. 415.

II) *Ausübung der Befugnifs, eine fideicommissarische Erbschaft zu deferiren.*

A) Im Allgemeinen.

Die Ausübung der Befugnifs, eine fideicommissarische Erbschaft zu deferiren, kann sowohl ausdrücklich geschehen, als stillschweigend gefolgert werden. Das Letztere ist der Fall, so oft der Testator die Erbschaft direct, aber ungültig, hinterlassen hat, die Verlassenschaft indessen als Fideicommifs gültig bestehen bleiben kann. Der Grund hiervon ist, weil es offenbar die Absicht des Testators war, dafs der Erbe die Erbschaft auf irgend eine Art, wenn auch nicht direct, doch wenigstens fideicommissarisch erhalten sollte.

§. 416.

B) Insonderheit einzelne Fälle.

Die Fälle, wo ein stillschweigendes Fideicommifs insonderheit anzunehmen ist, sind vorzüglich folgende: 1) wenn der Testator da instituirt hat, wo es nicht angeht, z. B. in Codicillen, oder die Substitution ungültig vorgenommen hat, z. B. *pupillariter* über die Jahre der Unmündigkeit hinaus [1]; 2) wenn er seinen Erben bittet, dafs er Diesen oder Jenen zum Erben machen, d. h. in einem zu errichtenden Testamente instituiren solle [2]; 3) wenn er seinem Erben befiehlt, kein Testament zu machen [3]; 4) wenn er endlich durch ein nachheriges Testament das frühere aufhebt, in jenem aber verordnet, dafs auch dieses gelten solle [4].

---

1) *Fr.* 76. *D. h. t. Fr.* 15. *D.* 28, 6. 2) *Fr.* 17. *pr. D.* 36, 1.
3) *Fr.* 74. *pr. D. eod.* 4) *Fr.* 29. *D. eod.*

Digitized by Google

Dritter Absatz.

Von der gültigen Fortdauer sowohl der directen als der fideicommissarischen Erbdelation.

§. 417.

I) *Von der gültigen Fortdauer der directen Erbdelation.*

Inst. II, 17. *Dig.* XXVIII, 3. 4.

Die gehörig erfolgte directe Erbdelation kann entweder mit, oder ohne und wider den Willen des Testators ungültig werden. 1) Mit dem Willen des Testators (*ultima enim voluntas ambulatoria est usque ad mortem*); hier ist jedoch die blosse Erklärung der Ungültigkeit nicht hinreichend, sondern es mufs *a*) entweder eine das Testament zernichtende Handlung, die nicht zufällig ist, sondern entweder vom Testator selbst, oder mit dessen Willen von einem Andern herrührt, hinzutreten [1]); *b*) oder ein anderes nachheriges Testament (*testamentum ruptum*) [2]); *c*) oder endlich eine nach dem Ablauf von 10 Jahren vor wenigstens drei Zeugen, oder *apud acta iudicis* geschehene Erklärung, dafs das frühere Testament nicht gelten solle [3]). 2) Wider den Willen des Testators. Dahin gehören alle Fälle, in welchen entweder das Testament wegen eines innerlichen Fehlers gleich Anfangs ungültig ist (*Testam. nullam*), oder in der Folge ungül-

1) *Fr.* 1. §. 3. *D.* 28. 4. *c.* 30. *C.* 6, 23.

2) Vergl. *Fr.* 1. 2. 16. *D.* 28, 3. — Ein nachheriges unvollkommenes Testament kann jedoch in der Regel ein früheres vollkommenes nicht aufheben. §. 7. *I.* 2, 17. *c.* 3. 21. §. 1. *C.* 6, 23.

3) *c.* 27. *C.* 6, 23. Blosse Revocation ist niemals hinreichend. *c.* 30. *C. eod.*

Digitized by Google

ungültig wird (*Test. raptam* und *rescissum*) [4]; oder der Testator durch *capitis deminutio* seinen Zustand und dadurch sein Vermögen verliert (*Testam. irritum*); oder endlich der eingesetzte Erbe nicht antreten kann oder will (*Testam. destitutum*).

§. 418.

II) *Von der gültigen Fortdauer der fideicommissarischen Erbdelation.*

Die Art und Weise, wie die Anordnung eines Fideicommisses in der Folge ungültig werden kann, ist dieselbe wie bei der Singularsuccession; es soll daher unten ein für allemal davon die Rede seyn. Hier nur die Bemerkung: dafs das Fideicommifs durch die Repudiation des Fiduciars nicht untergeht, sondern dafs dieser vielmehr, nach den unten (beim Erwerbe) vorkommenden Grundsätzen des Trebellianischen Rathschlusses, gezwungen werden kann, die Erbschaft anzutreten.

---

4) Die Erörterung der Frage: in wiefern ein Testament wegen eines innerlichen Fehlers als ungültig betrachtet werden müsse? und ob nach Justinianeischem Recht überhaupt der Unterschied zwischen den drei Instituten des ältern Rechts (Nullität wegen Präterition eines Suus, *bonor. possessio contra tabulas* und *querela inofficiosi*) geblieben sey? kann hier noch nicht angestellt werden. Das Ergebnifs des dritten Abschnittes wird zugleich die Beantwortung dieser Frage enthalten.

Digitized by Google

Anhang.

Vom privilegirten Testament der Soldaten.

Inst. II, 11. *Dig.* XXIX, 1. *Cod.* VI, 21. — Donellus *Libr.* VI. *cap.* 18.

§. 419.

Bisher wurde die testamentarische Erbdelation nach gemeinrechtlichen Grundsätzen dargestellt. Als Anhang zu derselben mufs aber gegenwärtig noch das bevorzugte Testament der Soldaten betrachtet werden. Im Allgemeinen gilt nemlich durchaus jedes Testament, das der auf einem Feldzuge befindliche Soldat gemacht hat [1]; indem theils Belohnung für die so gefährliche Vertheidigung des Staates, theils verzeihliche Unkunde des Rechts die Ursache dieser Befreiung ist [2].

§. 420.

1) *Darstellung des Privilegs an und für sich.*

Was 1) zunächst die Errichtung des Testamentes betrifft, so kann *a*) die Person des Testators auch eine solche seyn, die nach gemeinem Rechte ungültig testirt [1]; *b*) die äussern gemeinrechtlichen Solennitäten brauchen

1) *Fr.* 1. *D. c.* 1. 3. *C. h. t.*

2) *Pr. I. Fr.* 26. §. 1. *D. h. t. c.* 22. *C.* 6, 30. „*Arma magis quam iura scire milites, sacratissimus legislator existimavit.*“

1) §. 2. *I. Fr.* 4. 11. *pr.* §. 1. *D. h. t. pr. I.* 2, 12. *Fr.* 6. §. 6. *D.* 28, 3. Nur Pupillen sind durchaus unfähig, ein Testament zu machen, sollten sie gleich zu militärischen Ehrenstellen gelangt seyn. *c.* 18. *C. h. t.* „*Indignum nostris temporibus videtur, eum, qui stabilem mentem nondum adeptus est, propter privilegia militum, sapientium hominum iura pertractare.*“

Digitized by Google

gar nicht beobachtet zu werden [2]), wenn es nur völlig gewifs ist, dafs das Testament wirklich vom Testator herrührt [3]); c) der nothwendige Inhalt besteht nur in der Einsetzung eines Erben überhaupt, einerlei, wie dieselbe geschieht, und ob der Erbe Testamentifaction hat [4]); Kinder, deren Daseyn nicht unbekannt ist, dürfen ohne Nachtheil übergangen und auf jede Art enterbt werden; Uebergehung gilt bei ihnen für Enterbung und diese stets für eine gerechte Enterbung [5]). 2) Die Ungültigkeit des Soldatentestamentes kann sich nur mit dem Willen des Testators ereignen.

§. 421.

II) *Besondere Beziehung des Privilegs auf den Privilegirten und das Vermögen, worüber testirt wird.*

Im Allgemeinen steht das Privileg nur dem eigentlich so genannten Soldaten zu [1]), welcher das Testament in dieser Eigenschaft gemacht hat und auch in der Folge Soldat geblieben ist. Die wörtliche oder factische Erklärung, dafs ein vorhin gemachter letzter Wille als Soldatentestament gelten solle, ist jedoch hinreichend [2]) und nach erhaltenem ehrenvollen Abschied bleibt das Testament

---

2) *Pr. I. Fr.* 36. *pr. D. c.* 3. *C. h. t.*

3) §. 1. *I. Fr.* 24. *D. h. t.*

4) Vgl. *Fr.* 13. §. 2. *D.* 29, 1. *c.* 5. *C.* 6, 21. Die testamentarische Anordnung darf jedoch überhaupt nichts gegen die guten Sitten enthalten und auch nicht gegen die wohlerworbenen Rechte Anderer anstofsen. Vgl. *Fr.* 28. 29. §. 2. *Fr.* 41. §. 1. *D. c.* 11. *C. h. t.* u. m. a. St.

5) §. 6. *I.* 2, 13. Vergl. *Fr.* 36. §. 1. *D. c.* 9. 10. *C. h. t.*

1) Das Testament der Nichtsoldaten „*qui in hostico deprehenduntur*“ ist nur gültig, wenn sie auf dem Feldzuge ihr Leben verloren haben. *Fr.* 44. *D. h. t.*

2) *Pr. I. Fr.* 25. *D. h. t.*

Digitized by Google

noch ein Jahr lang gültig [3]). — Das Privileg bezieht sich endlich ohne Unterschied auf alles Vermögen des Soldaten, ja es steht ihm sogar frei, *pro parte testatus, pro parte intestatus* mit Tode abzugehen [4]).

Dritter Abschnitt.

Von der gegen ein Testament gerichteten Erbdelation.

§. 422.

Vorerinnerung.

In der Regel geht die testamentarische Erbdelation der gesetzlichen vor; es giebt aber auch Fälle, wo umgekehrt die gesetzliche der testamentarischen vorgezogen wird, und hieraus entsteht die dritte Art der Beerbung, welche man mit dem allgemeinen Ausdruck: *successio adversus testamentum* bezeichnen kann. Im älteren römischen Recht bezogen sich hierauf drei verschiedene Institute: 1) das besondere Recht der Suität auf Einsetzung oder Enterbung; 2) die an das Recht der Suität sich anschliessende *bonorum possessio contra tabulas*, und 3) die *querela inofficiosi testamenti.* Diese Institute boten schon an und für sich, und in ihrer Verbindung noch mehr, Schwierigkeiten dar; Justinian aber machte Alles noch verwickelter, indem er in der *Nov.* 115. eine neue Bestimmung traf, ohne ausdrücklich zu bemerken, ob dadurch das ältere Recht aufgehoben seyn solle oder nicht. Des historischen Zusammenhanges wegen müssen wir in

3) §. 3. *I. Fr.* 21. 26. 38. §. 1. *D. h. t.*

4) *Fr.* 1. *D. e.* 1. 2. *C. h. t.*

Digitized by Google

gedrängter Kürze das ältere römische Recht den neuern Bestimmungen Justinian's vorausgehen lassen.

Erstes Capitel.

Aelteres römisches Recht.

Erster Absatz.

Recht der Suität.

Inst. II, 13. *Dig.* XXVIII, 2. *Cod.* VI, 28. 29.

§. 423.

I) *Vorjustinianeisches Recht.*

Gaji *Institut.* II. §. 123. *sq.* Ulpiani *Fragm.* XXII, 14—23. XXIII, 2. 3. Pauli *receptae sent.* III, 4b. §. 8—10.

Der eigentliche Ursprung des Rechts der Suität ist nicht genau bekannt, wahrscheinlich aber rührte es schon aus der Zeit der zwölf Tafeln her. Der *suus filius* mufste, wenn er nicht eingesetzt war, namentlich enterbt werden, alle übrigen Sui konnten es auch *inter caeteros.* Bei dem mit Stillschweigen übergangenen (präterirten) *suus filius* war das ganze Testament durchaus ungültig, selbst wenn er starb; bei den übrigen Suis hingegen blieb das Testament gültig, es trat aber ein besonderes *ius accrescendi* ein [1]). Auch der Posthumus mufste entweder

1) *Pr. I.* 2, 13. vgl. Gaji *Institut.* II, 124. Ulpiani *Fragm.* XXII, 17. 20. Ueber den Fall, wo die eingesetzten Erben theils *sui*, theils *extranei* waren, s. Pauli *recept. sentent.* III, 4. §. 8.

Digitized by Google

eingesetzt oder enterbt werden. Anfangs hielt man die Einsetzung desselben für unmöglich, es wurden aber mehrere Formeln erfunden, die es möglich machten [2]). Bei der Enterbung wurde hier nicht zwischen dem Sohn und den Uebrigen, sondern zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlechte unterschieden; jenes mufste namentlich enterbt werden, was bei diesem nicht nöthig war [3]). In jedem Falle der Präterition, sowohl bei den nachgebornen Söhnen, als Töchtern, entstand immer Ungültigkeit des Testamentes (*Raptio testamenti*) [4]). Der Grund dieser Begünstigung bestand wohl darin, dafs der Posthumus leichter als der schon geborne Suus vergessen werden konnte [5]).

§. 424.

II) *Aelteres Justinianeisches Recht.*

Justinian hob schon vor der Novelle 115. allen Unterschied zwischen Suus und Posthumus, zwischen dem Sohne und den Uebrigen auf. Bei Allen sollte das bisher vortheilhafteste Recht gelten, d. h. Alle sollten entweder eingesetzt, oder namentlich enterbt, sie durften nicht präterirt werden, wenn das Testament gültig seyn sollte [1]). Die Enterbung insonderheit mufste *nominatim* geschehen und durfte von keiner Zeit oder Bedingung abhängen,

---

2) Ulpiani *Fragm.* XXII, 19. *Fr* 29. (*Lex: Gallus*) *D.* 28, 2.

3) Den Weibern mufste iedoch ein Legat hinterlassen werden: „*ne viderentur praeteritae esse per oblivionem.*“ §. 1. *I.* 2, 13. Vergl. Ulpiani *Fragm.* XXII, 21. 22.

4) Ulpianus XXII, 18. § 1. *I. h. t.*

5) Auch bei den *qui posthumorum loco sunt* (vergl. §. 2. *I. eod.* Ulpianus XXIII, 3.) galt dasselbe Recht.

1) *c.* 4. *C.* 6, 28. §. 5. *I.* 2, 13. — In wiefern ist eine bedingte oder fideicommissarische Einsetzung hinreichend? Vgl. *c.* 30. §. 1. *C.* 5, 28. *Fr.* 4. *pr.* §. 2. *D.* 28, 5.

Digitized by Google

sie mufste sich auf die ganze Erbschaft und auf alle Erben beziehen und durfte endlich auf keinem Irrthum beruhen. Die aus der Präterition entspringende Nullität war übrigens allgemein, d. h. sie bezog sich auf *omnia testamenti capita* [2]) und konnte nicht blofs als persönliches Vorrecht betrachtet werden.

Zweiter Absatz.

Bonorum possessio contra tabulas.

Gajus II, 140. Ulpianus XXII, 3. — §. 3. *I.* II, 13. §. 12. *I.* III, 1. *Dig.* XXXVII, 4. 5. *Cod.* VI, 12.

§. 426.

Da das Recht der Suität sich nicht auf emancipirte Kinder beziehen konnte, es aber doch unbillig schien, wenn sie zurückgesetzt wurden, so versprach der Prätor ihnen, so wie den Suis, im Fall der Präterition, durch eine *bonorum possessio contra tabulas* zu helfen. (vergl. §. 357.). Männliche *Emancipati* mufsten namentlich enterbt werden; Weiber durften es auch *inter caeteros*. Die Wirkung bestand darin, dafs das Testament zwar nicht als gleich Anfangs ungültig betrachtet wurde; wohl aber dasselbe durch die nunmehr in der Classe *unde liberi* Statt findende prätorische Intestaterbfolge, die jetzt den Namen *bonor. possessio contra tabulas* erhielt, zum Vortheil des

2) Wie wird es gehalten, wenn von mehrern Graden Substitutionen die Rede ist? *Fr.* 3. §. 3—6. *D.* 28, . *Fr.* 5. 7. 19. *D.* 26, 5.

Digitized by Google

darum nachsuchenden Kindes [1]), seine Gültigkeit verlor [2]). Die Beschränkung auf das *ius accrescendi* fand ursprünglich bei der Tochter und den Descendenten eines entfernteren Grades nicht Statt; späterhin wurde sie aber auch hier eingeführt [3]) und Justinian hob endlich überhaupt allen Unterschied auf, welcher bei dem Rechte der Suität und der *bonorum possessio contra tabulas* Statt fand [4]).

Dritter Absatz.

Querela inofficiosi testamenti.

Paulus IV, 5. *Cod. Gregor.* II, 5. *Cod. Theod* II, 19. *Inst* II, 18. *Dig.* V, 2. *Cod.* III, 28. — Jo. Ottw. Westenberg *Dissertatt.* IV. *de port. legitima* (*in Opp. T.* I.)

---

§. 426.

Gewisse Personen hatten das Recht zu verlangen, dafs ihnen ein gewisser Theil des Vermögens (*legitima*, Pflicht-

1) Die *B. p. c. t.* war also ein persönliches Vorrecht; es konnte sich darauf nicht ein Jeder, wie auf die Nullität des Civilrechts berufen.

2) Auch die in dem Testamente angeordneten Legate brauchten, wie schon oben § 357. bemerkt ist, nur gewissen *personis exceptis* geleistet zu werden, *T. T. D.* XXXVII, 5.; dahingegen sollte die darin angeordnete Pupillarsubstitution vollkommen gültig bleiben. *Fr.* 34 §. 2. *D.* 28, 6.

3) Gajus II, 126.

4) *c.* 4. *C.* 6, 28. — (Ueber die *bonorum possessio contra tabulas liberti* vergl. Gajus III, 40. *sq.* Ulpianus XXIX. Paulus III, 2. 3. *Inst.* III, 8. 9. *Dig.* XXXVII, 14. XXXVIII, 2—4. *Cod.* VI, 13.)

Digitized by Google

theil) hinterlassen werde, und konnten, wenn dieses nicht geschehen war, den Richter durch die s g. *Querela inofficiosi* bitten, das Testament aufzuheben und Intestaterbfolge zu eröfnen. Der Ursprung dieser Querel ist dunkel [1]; sie gründete sich aber wahrscheinlich auf den Gerichtsgebrauch des Centumviralgerichts. Es wurde angenommen, ein Testator, der seine nächsten Verwandten pflichwidrig zurückgesetzt habe, sey nicht recht bei Verstande gewesen [2].

§. 427.

I) *Welche Personen können auf den Pflichttheil Anspruch machen, und wie ist das Quantum desselben zu bestimmen?*

Zu den Personen, welche den, ohne Beläetigung zu hinterlassenden, Pflichttheil zu verlangen berechtiget waren, gehörten die Descendenten, Ascendenten und Geschwister; die letzteren aber nur unter der doppelten Voraussetzung, dafs sie mit dem Erblasser einen gemeinschaftlichen Vater hatten (*germani* oder *consanguinei* waren) und dafs der im Testament eingesetzte Erbe eine *turpis persona* war [1]. — Der Pflichttheil machte nach älterm Recht ¼ der Intestatportion aus, und es war einerlei, auf welche Art der Erbe dieses Quantum erhielt [2]. Justinian hat aber den Pflichttheil zu einem Drittel oder zu der Hälfte der *ab intestato* zufallenden Portion erhöhet, je nachdem vier oder weniger, oder 5 oder

---

1) Cujacius will sie, wegen der Ueberschrift des *Fr.* 2. *D. h. t.* aus einer besondern *lex Glicia* ableiten; allein ohne hinlänglichen Grund.

2) *Fr.* 2. 5. *D. h. t.* „— — *res illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*“

1) *Fr.* 24. 31. *D. c.* 27. *C. h. t.* 2) §. 6. *I. h. t.*

Digitized by Google

mehr Theile zu machen sind [3]). — Alle Intestaterben mufsten dabei mitgerechnet werden, auch die *iuste exheredati* [4]).

§. 428.

II.) *Worin bestehen die Wirkungen des verletzten Pflichttheiles und in welchen Fällen treten dieselben nicht ein?*

Der Erbe, welcher den ihm gebührenden Pflichttheil nicht erhalten hatte, konnte, wie gesagt, die *Querela inofficiosi* anstellen und den Richter bitten, das Testament aufzuheben und Intestaterbfolge zu eröffnen. Es war diese Klage, im Grunde betrachtet, weiter nichts als die gewöhnliche *Hereditatis petitio*, wobei aber zugleich ein pflichtwidriges Testament, als Hindernifs der Intestaterbfolge, umgestossen werden sollte. Die Klage wurde also angestellt von dem Intestaterben, der einen Pflichttheil zu verlangen berechtigt war, gegen den eingesetzten Erben [1]). Die Wirkung bestand darin, dafs in der Regel das ganze Testament aufgehoben (rescindirt) wurde [2]); in gewissen Fällen konnte indessen von dieser Wirkung keine Rede seyn und die Querel fiel weg, entweder aus einem

---

3) *Nov.* XVIII. *c.* 1. Hierauf beziehen sich die bekannten *versus memoriales:*

„*Quatuor aut infra natis dant iura trientem,*
Sed dant semissem liberis si quinque vel ultra."

4) *Fr.* 8. §. 8. *D. h. t.* „*Exheredatus partem facit in computanda legitima.*"

1) Gegen einen dritten Besitzer war das blosse Berufen auf die *Querela inofficiosi* („*cum is, qui agit, paratus est, inofficiosum testamentum dicere*") hinreichend, ihm die Erbschaft wegzuvindiciren. Paulus IV, 5. §. 4.

2) Ueber die Fälle, wo es nur zum Theil aufgehoben werden konnte, vergl. *Fr.* 15. 24. *D. h. t.*

Digitized by Google

gleich Anfangs vorhandenen [3]), oder nachher eintretenden [4]) Grunde. — Justinian hat indessen schon vor der Novelle 115. die Wirkung der *querela inofficiosi* dahin beschränkt, dafs wenn der Pflichttheilsberechtigte etwas, aber zu wenig bekommen hat, er eine Ergänzung des ihm Fehlenden soll verlangen können [5]), und dafs, wenn derselbe hinsichtlich des Pflichttheiles beschwert worden ist, das Beschwerende als nicht hinzugefügt soll betrachtet werden [6]).

---

3) Dahin insonderheit der Fall, wenn die Ausschliessung erweislich *bona mente* oder aus gerechten Gründen geschehen war. *Fr.* 18. *D* 28, 2. *c.* 25. *C. h. t.* Die Gründe selbst waren im ältern Rechte unbestimmt und dem freien Ermessen der Centumvirn überlassen. Die Kinder mufsten beweisen, nicht undankbar gewesen zu seyn; bei den Ascendenten, und wahrscheinlich auch bei den Geschwistern, mufste aber der eingesetzte Erbe den Grund der Ausschliessung beweisen. *Fr.* 3. *D. c.* 28. *C. h. t.*

4) Dahin folgende Fälle: 1) wenn der Berechtigte auf irgend eine Art das Testament als gültig anerkannt hatte; 2) wenn das Quinquennium, in welchem geklagt werden mufste, versäumt war (*Fr.* 8. §. 17 *D. c.* 16. *C. h. t.* vergl. jedoch *c.* 36. §. 2. *C. eod.*); und 3) wenn der Berechtigte vor Anstellung der Querel starb. Vgl. jedoch *Fr.* 6. §. 2. *Fr.* 7. *D. c.* 34. 36. §. 1. *C. h. t.*

5) §. 3. *I.* 2, 18. *c.* 30. 36. *C. h. t.* (*Actio suppletoria.*) „*Ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit — — hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur.*“

6) *c.* 30. 31. 32. *C. eod.* „— — *ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*“ (Ueber die s. g. *cautela Socini* vgl. Günther *principia* §. 740.)

Digitized by Google

Zweites Capitel.

Neuestes Justinianeisches Recht.

Nov. CXV. (vom J. 541.) c. 3. 4.

§. 429.

I) *Bestimmungen Justinian's an und für sich.*

So lange keine gültige Ursache der Enterbung vorhanden ist, soll der Testator seine Descendenten und in deren Ermangelung seine Ascendenten, wenigstens hinsichtlich des ihnen gebührenden Pflichttheiles, zu Erben einsetzen [1]). Bei den ersteren sind 14, bei den letzteren 8 Enterbungsursachen vorgeschrieben. Von diesen Ursachen muſs nothwendig eine im Testament angeführt und vom eingesetzten Erben bewiesen werden [2]). Wenn die gesetzliche Vorschrift nicht beob-

1) *Nov.* 115. *c*, 3. *pr.* „*Sancimus — non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem: nisi forsan probabuntur ingrati: et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.*“ (Bei einer nicht auf den ganzen Pflichttheil geschehenen Einsetzung findet die §. 428. Note 5. erwähnte *actio suppletoria* Statt, hinsichtlich deren Justinian es beim Alten gelassen hat.)

2) *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 14. *in f.* „*Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in suo testamento inseruerint, et scripti heredes nominatam, vel nominatas causas, vel unam ex his veram monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.*“

Digitized by Google

achtet ist, so soll der Hauptinhalt des Testamentes, d. i. die Erbeinsetzung, gleich Anfangs [3]) ungültig seyn, der zufällige Inhalt aber (z. B. die Legate und Fideicommisse) nach wie vor bestehen bleiben und als in einem Intestatcodicill hinterlassen, angesehen werden [4]).

§. 430.

II) *Verhältnifs zu den drei älteren Instituten.*

Bei den Geschwistern ist das alte Recht der *querela inofficiosi* unverändert geblieben; bei den Descendenten und Ascendenten aber ist es sehr bestritten, ob die in dem vorigen Capitel aufgeführten drei älteren Institute durch Justinian's Verordnung aufgehoben sind, oder nicht. Eigentlich sollte es hier nur zwei Meinungen geben: entweder die, dafs neben der Novelle 115. die, drei älteren Institute noch gelten, weil die Novelle, als *lex correctoria* strenge zu interpretiren ist; oder die, dafs die drei älteren Institute durch die Novelle aufgehoben sind. Die letztere Meinung scheint die richtigere

3) In dieser Hinsicht hat also die Bestimmung Justinian's die gröfste Aehnlichkeit mit der Nullität des Civilrechts wegen Präterition eines Suus.

4) *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 14. *in f.* „*Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praeiudicium generari: sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato* (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης) *ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates aut tutorum dationes relinqui, aut quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum* (*eversum*) *obtineat testamentum.*“ Vergl. *cap.* 4. §. 8. *in f.*

Digitized by Google

zu seyn. Was nemlich 1) das Recht der Kinder betrifft, so ist entweder Alles beobachtet, was die Novelle vorschreibt, alsdann mufs auch, nach Justinian's ausdrücklicher Verordnung, das Testament gültig seyn [1]; oder nicht, alsdann wird das Testament nach der Novelle, und blofs nach dieser, als ungültig behandelt, d. h. nur die Einsetzung fällt über den Haufen, der zufällige Inhalt des Testamentes aber, insonderheit die Anordnung der Legate, Fideicommisse u. s. w., bleibt gültig [2]. Eben so steht 2) bei dem Rechte der Aeltern die ehemalige *querela inofficiosi* mit den Vorschriften der Novelle 115. in offenbarem Widerspruch. Wenn nemlich die Aeltern sich nach wie vor noch auf das alte Recht berufen könnten, so würde, bei angestellter Querel, das ganze Testament rescindirt werden müssen, was doch mit der ausdrücklichen Verordnung Justinian's, nach welcher der zufällige Inhalt des Testamentes bestehen bleiben soll, sich offenbar nicht vereinigen lassen würde [3].

---

1) *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 14. *in f.* (s. §. 429. Note 2.)

2) *Nov. cit.* (§. 429. Note 4.)

3) *Nov. cit. cap.* 4. §. 8. *in f.*

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von dem Erwerbe der gehörig deferirten Universalsuccession.

Erster Abschnitt.

Vom Erwerbe der directen gesetzlichen oder testamentarischen Universalsuccession.

Inst. II, 19. *Dig.* XXIX, 2. *Cod.* VI, 30.

Erster Absatz.

Vom Erwerbe an und für sich.

§. 431.

I) *Vom nothwendigen Erwerbe.*

A) Unbedingt nothwendiger Erwerb.

Der Erwerb einer Erbschaft beruhet überhaupt darauf, dafs sie entweder dem Erben nothwendig auferlegt, oder freiwillig von ihm angenommen wird; daher die bekannte und wichtige Eintheilung in nothwendigen und freiwilligen Erwerb. Der nothwendige Erwerb ist aber wieder entweder ein unbedingt oder bedingt nothwendiger Erwerb. Der erstere tritt bei dem von seinem Herrn eingesetzten Sclaven ein, welcher durch das Testament, zugleich mit der Erbschaft, die Freiheit erlangt [1]). Ein solcher Sclave wird in der Regel sogleich im Augenblick des Todes seines Herrn nothwendiger Erbe, es müfste denn ausdrücklich eine aufschiebende Bedingung hinzugefügt seyn [2]). Die Wirkung besteht darin, dafs

1) §. 1. 3. *I.* 2, 19. §. 1. *I.* 2, 14. *c.* 4. *C.* 7, 10.

2) *Fr.* 58. *D.* 29, 2.

Digitized by Google

der Sclave auch die Erbschaft seines insolventen Herrn nothwendig übernehmen und denselben auch wider seinen Willen vertreten mufs [3]).

§. 432.

B) Bedingt nothwendiger Erwerb.

G. L. Böhmer *D. de suo herede ab hereditate se abstinente vel se immiscente.* (In *Elect. iur. civ. T.* I.)

Der bedingt nothwendige Erwerb findet bei den zur Zeit des Todes unmittelbar in der väterlichen Gewalt des Erblassers befindlichen Kindern, oder bei den Suis, Statt [1]). Der Prätor hat jedoch den strengen Grundsatz des Civilrechts: dafs, wer einmal nothwendig Erbe geworden, es auch immer bleiben müsse, dadurch gemildert, dafs er den Suis das *beneficium abstinendi* einräumte. Die Sui können sich aber auf diese Wohlthat nur unter der doppelten Voraussetzung berufen, dafs sie sich weder, wenn sie bereits mündig sind, in das väterliche Vermögen eingemischt (immiscirt) haben [2]), noch dafs sie an der Entwendung erbschaftlicher Sachen *dolo malo* Schuld sind [3]). Die Wirkung der Abstention besteht darin, dafs der Suus in so fern aufhört, Erbe zu seyn, als er die Erbschaft nunmehr aufgegeben hat [4]). Auf der andern Seite

3) Sollte nichts Anderes übrig bleiben, als Concurs zu eröfnen und das zur Befriedigung der Gläubiger nicht hinreichende Vermögen des Erblassers zu verkaufen, so geschieht dieses nun auf den Namen des Erben, der Erblasser wird nicht dadurch beschimpft. §. 1. *I.* 2, 19. *Fr.* 57. §. 2. *D.* 29, 2.

1) §. 2. 7—9. *I.* 3, 1. §. 2. 3. *I.* 2, 19.

2) *Fr.* 11. 57. *D.* 29, 2. Vergl. *Fr.* 2. *D.* 4, 4.

3) *Fr.* 71. §. 3. *D.* 29, 2.

4) Ueber die Folgerungen aus diesem Satze vgl. *Fr.* 57. 87. §. 1. *D.* 29, 2. *Fr.* 12. *D.* 28, 6. *Fr.* 7. §. 10. *D.* 4, 4. u. s. w.

Digitized by Google

Seite wird aber der Suus noch immer als Erbe betrachtet, so oft es blofs um das Erbeseyn an und für sich zu thun ist, und hieraus lassen sich denn die Vortheile der nothwendigen Beerbung des Suus leicht erklären [5]).

§. 433.

II) *Vom freiwilligen Erwerbe.*

A) Von der Ueberlegung die Erbschaft anzunehmen oder nicht.

1) Von dem Recht der Deliberation.

Dig. XXVIII, 8. *Cod.* VI, 30. — Io. Chph. Koch *de herede deliberante. Giss.* 1783. 4. — Thibaut Versuche II, 7.

Die Nothwendigkeit, den Erben sowohl gegen den Nachtheil des Ausschlagens, als einer übereilten Antretung zu schützen, bewog den Prätor, das s. g. *beneficium deliberandi* einzuführen. Die im prätorischen Edicte selbst unbestimmt gelassene Zeit ist gesetzlich so bestimmt worden: dafs 100 Tage die kürzeste; 9 Monate (von der Obrigkeit) und ein Jahr (vom Princeps) die längste Frist seyn soll [1]). Während der Deliberation hat zwar der überlegende Erbe an und für sich kein Recht auf das Vermögen des Verstorbenen, doch wird es ihm gestattet, sich mit allen Verhältnissen der Erbschaft bekannt zu machen, auch in gewissen Fällen, wenn der Vortheil der Erbschaft selbst es mit sich bringt, erbschaftliche Sachen zu verkaufen [2]).

---

5) Vergl. *Fr.* 40. 44. *D. h. t. c.* 4. 6. *C.* 6, 31.

1) *Fr.* 2. *D. c.* 22. §. 13. *C. h. t.* Die dazwischen liegende Zeit ist dem klugen Ermessen des Concedenten überlassen. *c.* 9. *in f. C. eod.*

2) *Fr.* 5. §. 1. *Fr.* 7. 9. *D. h. t.*

Digitized by Google

§. 434.

2) Von dem Rechte des Inventars.

c. 22. C. VI, 30. Nov. 1. c. 2.

Da die Wohlthat der Deliberation theils den Erben nicht gehörig sicher stellt, theils die Gläubiger dadurch zu lange mit der Befriedigung ihrer Ansprüche aufgehalten werden; so hat Justinian verordnet, dafs der Erbe, nach Errichtung eines der gesetzlichen Vorschrift angemessenen Inventars, sofort die Erbschaft ohne Nachtheil soll antreten können. Die Zeit, in welcher dasselbe errichtet werden mufs, ist verschieden: drei Monate, von dem Augenblick der bekannt gewordenen Delation, für die an dem Orte, wo die Erbschaft ganz oder gröfstentheils gelegen ist, befindlichen Erben; ein Jahr, von dem Tode des Testators an gerechnet, für die abwesenden Erben. Während dieser Zeit kann der Erbe so wenig von den Legatarien, als von den Gläubigern in Anspruch genommen werden. Die Errichtung geschieht durch wenigstens zwei öffentliche Personen (*per tabularios*), mit Zuziehung aller dabei interessirten Personen [1]). Der Inhalt des Inventars besteht nicht nur aus einer genauen Beschreibung der erbschaftlichen Sachen, sondern auch aus einer bekennenden Unterschrift des Erben, dafs alle Gegenstände der Erbschaft vollständig verzeichnet seyen, und aller Betrug sowohl bisher von ihm vermieden sey, als dieses künftig geschehen werde. Die Wirkung zeigt sich im Allgemeinen darin, dafs der Erbe Alles bekommt, was er sonst auch bekommen haben würde, dafs er aber hinsichtlich der Nachtheile der angetretenen Erbschaft nun nichts zu befürchten hat. Nach der eigenen Aeusserung Justinian's soll das *beneficium deliberandi* keineswegs anti-

1) *Nov. 1. c. 2. §. 1. v. „Si vero.“*

quirt seyn, wiewohl die Verfechter der neuen Erfindung bedeutende Nachtheile leiden müssen [2]).

§. 435.

B) Von der Annahme oder dem Ausschlagen der Erbschaft selbst.

1) Allgemeine Bedingungen.

a) Die Erbschaft mufs dem Erben wirklich deferirt seyn.

Damit der Erbe sich überhaupt, sey es positiv oder negativ, über die Erbschaft erklären könne, wird vor allen Dingen vorausgesetzt, dafs die Erbschaft wirklich deferirt sey, d. h. es mufs eine Erbschaft überhaupt existiren und eine rechtliche und immer fortdauernde Delation derselben Statt finden [1]). Die Erbschaft darf demnach, wenn von der Annahme oder dem Ausschlagen derselben die Rede seyn soll, weder bereits erworben seyn [2]), noch darf die Hoffnung des Erwerbes, die Delation, auf irgend eine Art aufgehört haben, namentlich durch Repudiation (s. §. 439.) und durch den vor der Annahme erfolgten Tod des Erben. Sollte indessen die Delation durch den früher erfolgten Tod des Erben in dessen Person aufgehört haben, so wird in mehrern Fällen die dem Erben

---

2) *c.* 22. §. 11. 15. *C.* 6, 30. (Das Recht zu deliberiren ist dadurch in den meisten Fällen ganz unnütz gemacht worden. Vergl. Reichhelm Versuche einer Auslegung dunkler Gesetze *nr.* 6.)

1) *Fr.* 21. §. 2. *D.* 29, 2. §. 7. *I.* 2, 19.

2) *c.* 4. *C.* 6, 31. „*Sicut maior viginti quinque annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest: ita quaesitam renunciando nihil agit, sed ius quod habuit, retinet*" *etc.* — Nach Justinian's Verordnung soll auch die nicht geschehene Erklärung in der zur Deliberation bestimmten Zeit für eine stillschweigende Antretung gehalten werden. *c.* 22. §. 14. *C.* 6, 30.

Digitized by Google

bisher zugestandene Befugniſs der Erbantretung auf dessen Erben übertragen, es findet eine *transmissio hereditatis* Statt.

§. 436.

Vom Recht der Transmission.

Io. Henr. Berger *de transmissione hereditatis. Viteb.* 1688. 4. — Hellfeld *de transm. iuris succedendi.* (*Op. n.* 19.) — A. F. S. Green *de transm. heredit. delatae non aditae. Lips.* 1792. — Fr. Hofmann *de transm. hered. fideic. legat. iuriumque conventional. in heredes. Herbip.* 1807. 4.

Nach dem Tode des Erben kann in der Regel die ihm deferirt gewesene Erbschaft, dessen Erbe nicht erwerben, da die Antretung ein persönliches, durch die persönlichen Eigenschaften des Erben bedingtes Recht ist. Doch giebt es Ausnahmen, wo eine solche Uebertragung der deferirten Erbschaft auf die Erben des Erben gestattet ist [1]). Im Falle nemlich 1) der Erbe in einem Jahre, von erhaltener Wissenschaft der Delation an gerechnet, gestorben ist, so hat Justinian, in der, von dem als Deliberationsfrist betrachteten Jahre noch übrigen Zeit, überhaupt allen Erben des Erben gestattet, die Erbschaft statt des eingesetzten Erben anzunehmen [2]). Gesetzt aber, der Erbe wuſste nichts von der Delation, oder er ist nach Ablauf des erwähnten Jahres erst gestorben, so findet die Transmission nur aus einer besondern subjectiven oder objectiven Begünstigung Statt. *a*) Aus einer subjectiven Begünstigung sollen *α*) nach einer Verordnung K. Theodos d. J., Kinder, die von einem Ascendenten instituirt sind, auf ihre unmittelbar in der Gewalt befindlichen Kinder, die ihnen deferirte, aber

1) Ueber das Geschichtliche vergl. meine Inauguraldissertat. *de iure transmissionis hereditatis atque legati ex temporis successu spectato. Marb.* 1805. 8.

2) *c.* 19. *C.* 6, 30.

Digitized by Google

noch nicht erworbene Erbschaft, wenn gleich ihres Rechtes ganz unbewufst, übertragen (*Transmissio Theodosiana*) [3]; β) eben so soll, nach einer Verordnung desselben Kaisers, der Vater die seinem Kinde deferirte Erbschaft, welche er bei dessen Leben zu erwerben versäumt hat, auch nach dem Tode des Kindes noch erwerben können (*Transmissio ex capite infantiae*) [4]. *b*) Zunächst aus einer objectiven Begünstigung findet die Transmission auf die Erben des Erben Ausnahmsweise auch bei andern Personen Statt, so oft der Erbe durch eine rechtliche Nothwendigkeit verhindert wurde, die Erbschaft zu erwerben und vor Aufhebung dieses Hindernisses gestorben ist [5].

§. 437.

b) Dem Erben mufs die Delation bekannt seyn.

Damit diese Bedingung eintreten könne, wird vorausgesetzt, dafs der Erbe nicht nur von dem wirklichen Tode des Erblassers, sondern auch von der ihm geschehenen Delation, bestimmte Nahricht erhalten habe [1]. Um insonderheit zur überzeugenden Kenntnifs der Delation zu gelangen, ist es nöthig, dafs das Testament geöffnet und eingesehen werde [2]. Ehemals wurde die

---

3) *c. un. C.* 6, 52. (*de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*) Vergl. *c.* 1. §. 5. *C.* 6, 51.

4) *c.* 18. *pr.* §. 1. *C.* 6, 30.

5) Namentlich war dieses der Fall beim Silanianischen Rathschlusse (*Dig.* XXIX, 5. *Cod.* VI, 35.), beim Carbonianischen Edicte (*Dig.* XXXVII, 10. *Cod.* VI, 17.) und wenn der Erbe durch Abwesenheit in Angelegenheiten des Staates verhindert ward. Vgl. 84. 85. *pr. D.* 29, 2.

1) §. 7. *I.* 2, 19. Vergl. *Fr.* 76. *D.* 50, 17. „*Omnia quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.*“

2) *Dig.* XXIX, 3. *Cod.* VI, 32.

Digitized by Google

Oeffnung und Einsicht des Testamentes bei freiwilligen Erben, auch wenn ihnen sonst die Delation hinlänglich bekannt war, stets erfordert; nach Justinianeischem Recht tritt aber die Nothwendigkeit der Oeffnung nur in dem Falle noch ein, wenn der Erbe weder selbst von dem Inhalte des letzten Willens etwas weifs, noch derselbe auf andere Weise bekannt geworden ist [3]).

§. 438.

c) Der Erbe mufs sich selbst oder einen Andern verbindlich machen können.

Diese Bedingung ist ganz in der Natur der Beerbung selbst gegründet, denn Niemand kann eine Erbschaft erwerben, ohne dadurch zugleich verbindlich zu werden, die Schulden des Erblassers zu bezahlen [1]). Wer daher durch das Factum des Erwerbes weder sich selbst noch einen Andern verpflichten kann, der ist auch nicht im Stande, so wenig sich selbst, als einem Andern die Erbschaft zu erwerben. Es gehören dahin namentlich solche Personen, die unter Tutel und Curatel stehen, und solche, die sich unter einer fremden Gewalt befinden. Jene können nicht ohne Auctorität oder Zustimmung ihres Tutors oder Curators [2]); diese als Sclaven nicht ohne Befehl ihres Herrn für sich allein die Erbschaft erwerben oder ausschlagen [3]), und eben so wenig als Familiensöhne eine in Hinsicht auf den Vater deferirte Erbschaft (*here-*

---

3) *c.* 1. §. 5. *C.* 6, 51.

1) *Fr.* 8. *D.* 29, 2. „— — *hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.*“

2) §. 1. *I.* 1, 21. *Fr.* 9. §. 3. *D.* 26, 8. *c.* 5. *C.* 6, 51. *c.* 5. *C.* 2, 22

3) *Fr.* 10. §. 1. *D.* 41, 1.

Digitized by Google

ditas profectitia) ohne vorausgegangenen Befehl desselben [4]).

§. 439.

2) Insonderheit:

a) Von der Repudiation.

Der freiwillige Verlust des angebotenen Erbrechts wird durch die Repudiation, oder durch die Erklärung, dafs man nicht Erbe seyn wolle, herbeigeführt [1]); es ist aber einerlei, ob diese Erklärung ausdrücklich, oder stillschweigend auf andere Art erfolgt [2]). Die Wirkung der Repudiation besteht überhaupt darin, dafs die Erbschaft, oder vielmehr die Hoffnung sie zu erlangen, jetzt völlig verloren geht [3]).

§. 440.

b) Von dem Erwerbe.

Die zum Erwerbe der Erbschaft nöthige Bestimmung des Willens kann der Erbe entweder ausdrücklich zu erkennen geben (*Aditio*), oder stillschweigend durch eine Handlung (*pro herede gestio*). — Die stillschweigende Erklärung ist oft zweifelhaft; es lassen sich aber folgende

---

4) §. 1. *I.* 2, 9. *c.* 6. *C.* 6, 61. Anders bei der *hereditas adventitia. c.* 8. §. 1. *C. eod.* — Ueber den Irrthum im persönlichen Zustande vergl. *Fr.* 34. 96. *D.* 29, 2. — Donellus VII, 6. §. 8. 9.

1) Wenn der Erbe sich gar nicht über die Erbschaft erklärt und ihm keine bestimmte Zeit der Erklärung festgesetzt worden ist, so bleibt ihm natürlich das Recht zu erwerben, so lange vorbehalten, bis ein nothwendiger Verlust hinzutritt. *c.* 9. *C.* 6, 30.

2) *Fr.* 29. *D.* 29, 2. „*Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.*“ Vgl. *T. T. D.* XXIX, 4. *C.* VI, 39. *Fr.* 23. §. 1. *D.* 5, 2.

3) *Fr.* 13. *D.* 29, 2.

Digitized by Google

Grundsätze darüber aufstellen: 1) Handlungen, welche der Erbe nur als solcher vornehmen kann, oder wobei die an sich ungewisse Eigenschaft des Handelnden rechtlich bestimmt wird, begründen stets eine *pro herede gestio* [1]; 2) Handlungen hingegen, welche der Erbe eben so gut in der Eigenschaft als Erbe, als ohne dieselbe vornehmen konnte, machen ihn niemals zum Erwerb verbindlich, er müfste dieses denn ausdrücklich gewollt haben [2]. — Sollte der Erbe eine solche Person seyn, bei welcher der Wille entweder ganz, oder zum Theil fehlt, so ist Folgendes zu bemerken: *a*) fehlt der Wille dergestalt, dafs nicht einmal eine Fähigkeit zu wollen angenommen werden kann, so fällt auch aller Erwerb, sowohl in eigener Person, als durch einen Dritten weg [3]; *b*) fehlt zwar der Wille, ist aber eine natürliche Fähigkeit dazu vorhanden, so wird das Fehlende durch die hinzutretende Handlung einer andern Person, insonderheit des Tutors oder Curators, bei Unmündigen oder Minderjährigen ersetzt. Bei Kindern im eigentlichen Sinne hat K. Theodos ausdrücklich verordnet, dafs keine Handlung des Kindes selbst nöthig seyn soll, wenn nur diejenigen antreten, durch deren Zutritt sonst die Erbschaft erworben wird [4].

---

1) Vgl. *Fr.* 20 §. 1. *v.* „*servos*" §. 4. *v.* „*Itaque tunc*" *D.* 29, 2. *c.* 2. *C.* 6, 30. u. m. a. St.

2) Vergl. *Fr.* 5. 6. 14. §. 8. *D.* 11, 7. *Fr.* 20. §. 2. *D.* 29, 2.

3) Ueber den interimistischen Besitz, welchen der Tutor oder Curator an der dem Wahnsinnigen deferirten Erbschaft erwirbt, vergl. *c.* 7. §. 7. *C.* 5, 70.

4) *c.* 18. *C.* 6, 30.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.

Von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes.

Donellus *Libr.* VIII. *c.* 10—13.

§. 441.

I) *Wirkungen in Ansehung der Person des Erben.*

Der Erbe verliert, sobald er die Erbschaft erworben hat, aus einem doppelten Grunde das Recht, sie in der Folge wieder zu verlassen und aufzugeben: theils weil nur die deferirte Erbschaft Repudiation gestattet, die Delation aber durch den Erwerb aufhört; theils weil aus dem Erwerbe Verbindlichkeiten entstehen, diese aber, wider Willen des Gläubigers, nicht ohne Solution willkührlich aufgehoben werden können.

§. 442.

II) *Wirkungen in Ansehung der erworbenen Erbschaft selbst.*

A) Von den Erbschaftsvortheilen.

Auf den Erben gehen, sobald er die Erbschaft erworben hat, nicht blofs die Vortheile über, die der Erblasser schon hatte [1]), sondern auch die, welche entweder nach dem Tode des Erblassers der noch unangetretenen Erbschaft (*hereditas iacens*) erworben sind, oder welche die angetretene Erbschaft begleiten und damit verbunden sind [2]). Zu den letztern gehört ganz eigentlich das so

1) Eine Ausnahme machen jedoch alle rein persönlichen Rechte, die auf einer individuellen Handlung oder Eigenschaft des Erblassers beruhen.

2) Ueber die bei der Erbschaftstheilung eintretenden Grundsätze vgl. Donellus VII, 10. §. 15—20. Thibaut §. 728 fg.

Digitized by Google

wichtige Recht des Zuwachses, so fern dasselbe den Erben Vortheil bringt.

§. 443.

B) Von den Erbschaftsnachtheilen.

Zu den Nachtheilen der erworbenen Erbschaft gehören 1) die Erbschaftsschulden, einerlei, sie mögen noch beim Leben des Erblassers entstanden, oder nach seinem Tode gleichsam von der Erbschaft selbst gemacht worden seyn [1]; 2) die den Erben auferlegten Legate und Fideicommisse [2]; 3) das Recht des Zuwachses, so fern dasselbe als ein Nachtheil der erworbenen Erbschaft betrachtet werden mufs.

§. 444.

C) Von dem Rechte des Zuwachses (*ius adcresendi*).

Fr. Duareni *de iure adcrescendi libri* II. (*in Opp. Lugd.* 1558. *f. p.* 197. *sq.*) — Io. Aug. Bach *Diss. de iure accrescendi. Lps.* 1754. 4.

Da das Recht des Zuwachses (*ius adcrescendi*) bald zu den Vortheilen, bald zu den Nachtheilen des geschehenen Erwerbes gerechnet werden mufs, so wird es nöthig seyn, davon noch besonders zu handeln. Jeder Erbe nemlich, der einen Theil der Erbschaft erworben hat, wird vermöge desselben verbunden, auch alle übrigen er-

1) In der Regel sind die Schulden *ipso iure* verhältnifsmäfsig unter die mehrern Erben, ohne dafs sie es wissen, vertheilt. *c.* 6. *C.* 3, 36. *c.* 2. *C.* 4, 16. *c.* 26. *C.* 2, 3.

2) Ehemals brauchten die Legate nur so weit, als die Erbschaft zu ihrer Bezahlung hinreichte, entrichtet zu werden. *Fr.* 1. §. 17. *D.* 36, 1. §. 1. *v.* „*Hoc solum*“ *I.* 2, 24. Justinian hat aber verordnet, dafs wenn der Erbe ein Inventar zu errichten versäumt hat, er alle ihm auferlegten Legate, wenn gleich aus seinem eigenen Vermögen, entrichten soll.

Digitized by Google

ledigten Theile der nemlichen Erbschaft anzunehmen. — Die Nothwendigkeit dieses allgemein eintretenden Rechts beruhet darauf, dafs wer einen Theil der Erbschaft einmal erworben hat, ihn in der Folge nicht willkührlich wieder verlassen darf; ferner darauf, dafs Niemand berechtigt ist, einen Theil derselben Erbschaft, die sonst keinen Erben hat, zu erwerben und einen andern auszuschlagen. Da folglich der Erbe den einmal erworbenen Theil behalten mufs, so bleibt ihm nichts übrig, als mit diesem Theile auch die sonstigen erledigten Theile derselben Erbschaft zu erwerben.

§. 445.

1) Recht des Zuwachses bei einem Erben.

So oft nur ein einziger Erbe (*heres ex asse*) vorhanden ist, kann das Recht des Zuwachses leicht bestimmt werden: die Anerkennung eines einzigen, wenn auch noch so geringen, Theiles hat hier stets den nothwendigen Erwerb der ganzen Erbschaft zur Folge, ohne Unterschied, wie die Einsetzung geschehen ist, ob geradezu auf das Ganze, oder mehrmals auf verschiedene Theile, bedingt oder unbedingt [1]).

§. 446.

2) Recht des Zuwachses bei mehrern Erben.

Wenn 1) nur Einer von den Mehrern seinen Theil erworben hat, so mufs er auch allein die wegfallenden Erbtheile der übrigen Miterben mit den darauf haftenden Lasten (*cum oneribus suis*) selbst wider Wissen und Wil-

---

1) *Fr.* 10. 80. *D.* 29, 2. Der Ausgang der Bedingung kann begreiflich von keinem Erfolge seyn, da auch das Nichterfülltwerden derselben die Sache nicht ändern kann. *Fr.* 52. §. 1. *D.* 29, 2. *Fr.* 55. *D.* 28, 5.

Digitized by Google

len erwerben [1]); 2) wenn aber unter mehrern Miterben Mehrere die ihnen angewiesenen Theile erworben haben, so entsteht die doppelte Frage: ob der erledigte Theil allen Miterben zuwächst? und wie der zuwachsende Theil unter die Miterben vertheilt wird? — Die Antwort auf die erste Frage richtet sich nach folgendem Unterschiede: *a*) sind alle Erben verbunden (*coniunctim*) oder alle getrennt (*disiunctim*) eingesetzt, so fällt die deficirende Portion Allen zu, welche ihren Erbtheil erworben haben, und zwar nach Verhältnifs desselben; *b*) sind hinggegen einige Erben *coniunctim*, andere *disiunctim* eingesetzt worden, so mufs man ferner unterscheiden: ob entweder Einer von den verbunden, oder von den getrennt Eingesetzten deficirt; dort fällt der erledigte Erbtheil, abgesehen von dem Falle einer blofs objectiven Verbindung, lediglich den mit ihm Verbundenen zu, hier aber allen Uebrigen [2]). — Bei der andern, die Vertheilung betreffenden, Frage kommt es darauf an: ob entweder alle Erben auf gleiche Weise, d, h. entweder Alle verbunden, oder Alle getrennt eingesetzt sind, oder ob verbunden und getrennt Eingesetzte zusammentreffen. In dem ersten Fall wird der zuwachsende Theil im Zweifel nach Virilportionen vertheilt [3]); in dem letzten Falle hingegen werden die verbunden Eingesetzten immer als eine Person betrachtet, die getrennt Eingesetzten aber nach den Köpfen gezählt [4]).

1) 53. §. 1. *D.* 29, 2. *c. un.* §. 10. *C.* 6, 51.

2) *c. un.* §. 10. *C. cit.* „*coniuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt.*“ — (Ueber den Begriff und die Arten der Verbindung vgl. *Fr.* 142. *D.* 50, 16. *Fr.* 89. *D.* 32.

3) *Fr.* 9. §. 12. *D.* 28, 5. 4) *Fr.* 11. 13. *D. eod.*

Digitized by Google

Zweiten Abschnitt.

Von dem Erwerbe der fideicommissarischen Universalsuccession.

Erster Absatz.

Vom Erwerbe an und für sich.

§. 447.

I) *Vom Gegenstande des fideicommissarischen Erwerbes.*

In Hinsicht auf den Gegenstand des fideicommissarischen Erwerbes ist zunächst 1) zu bestimmen: was, oder wie viel der Erbe (Fiduciar) im Ganzen dem Fideicommissar herausgeben müsse? es ergiebt sich dieses theils aus den vom Testator gebrauchten Worten, ob er die ganze Erbschaft, oder einen Theil, und welchen er herauszugeben gebeten hat: theils aus der gesetzlichen Vorschrift, nach welcher stets der vierte Theil der Erbschaft beim freiwillig restituirenden Fiduciar zurückbleiben mufs, einerlei, ob die Erbschaft im Ganzen oder theilweise restituirt werden soll [1]). — Sodann kommt 2) in Betracht, welche Vertheilung zu beobachten sey, wenn die Erbschaft Mehrern restituirt werden soll? Auch hier kommt es darauf an, ob der Testator die Theile bestimmt hat, oder nicht, und in dem letztern Falle ist weiter darauf Rücksicht zu nehmen: ob die Restitution an mehrere Nichterben geschehen soll, oder an mehrere Miterben; dort wird eine Vertheilung nach Virilportionen angenommen [2]); hier aber in der Regel dasselbe Verhältnifs, wie bei der Einsetzung befolgt [3]).

1) §. 5. 6. *I.* 2, 23. 2) *Fr.* 9. §. 12. *D.* 28, 5.

3) *Fr.* 23. *D.* 36, 1. *Fr.* 10. *D.* 28, 6. Vergl. jedoch *Fr.* 23. 24. *D.* 36, 1. *Fr.* 7. §. 2. *D.* 34, 5.

Digitized by Google

§. 448.

II) *Von der Zeit, zu welcher die Restitution geschehen muſs.*

Auch in Hinsicht auf die Zeit, in welcher die Restitution geschehen muſs, ist zu unterscheiden: ob entweder vom Testator etwas darüber bestimmt ist, oder nicht. Wenn in jenem Falle die ausdrücklich hinzugefügte Zeit ein *dies certus* ist, so kann vor Existenz derselben die Restitution zwar nicht verlangt, aber doch das freiwillig, vielleicht aus einem Irrthume, Restituirte nicht zurückgefordert werden [1]; wenn hingegen ein *dies incertus* hinzugefügt wurde, so entsteht, eben so wie bei der von einer Bedingung abhängigen Restitution, vorher gar keine Verbindlichkeit [2]. In dem andern Falle (wenn nichts Anderes bestimmt worden ist) müssen die Fideicommisse alsbald nach eingetretener Erbschaft restituirt werden; es müſste denn in der Restitution selbst ein Aufschub enthalten seyn.

§. 449.

III) *Von der Antretung des Erben, als einer nothwendigen Voraussetzung des fideicommissarischen Erwerbes.*

Da dem Fideicommissar ausserordentlich viel daran gelegen seyn muſs, daſs der Erbe (Fiduciar) die Erbschaft so bald als möglich erwerbe, so giebt es auch hier Mittel, wodurch der Letztere sowohl zur freiwilligen An-

---

1) *Fr.* 1. *pr. D.* 35, 1. vgl. *Fr.* 46. *D.* 46, 1. Der *dies qui cessit, sed nondum venit*, begründet auch Transmission des Fideicommisses. *Fr.* 46. *D.* 36, 1.

2) *Dies nec cessit, nec venit;* es entsteht nicht einmal eine *obligatio naturalis* (vergl. §. 45). Bisweilen muſs jedoch auch *pendente conditione* das Fideicommiſs vorausgezahlt werden. *Fr.* 50. *D.* 36, 1.

Digitized by Google

nahme bewogen wird, als wider seinen Willen dazu genöthiget werden kann. 1) Die freiwillige Annahme wird *a*) dadurch befördert, dafs der so berühmte Trebellianische Rathschlufs verordnet: dafs, nach restituirter Erbschaft, alle Klagen, die dem Erben, oder gegen denselben, zustehen, auf den Fideicommissar übergehen sollen [1]; *b*) dadurch, dafs dem freiwillig restituirenden Fiduciar das Recht eingeräumt ist, eben so wie dem mit Legaten Beschwerten, den vierten Theil der Erbschaft zurückzubehalten [2]. — 2) Die nothwendige Annahme der Erbschaft ist, wenn die Beförderungsmittel der freiwilligen Antretung nichts helfen sollten, gleichfalls gesetzlich vorgeschrieben [3]. Der Erbe soll nemlich auf Verlangen

---

1) §. 3. *I.* 2, 23. *Fr.* 1. *D.* 36, 1. „— — *placet ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent: sed his, et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset: quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.*“

2) Ursprünglich wurde dieses durch das unter Vespasian zu Stande gekommene *Sctum Pegasianum* festgesetzt. Vgl. §. 5. *I.* 2, 23. „— — *Vespasiani Augusti temporibus, Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*“ — (Die Gesetze reden auch hier immer von der *Quarta legis Falcidiae.* Vergl. *Fr.* 27. § 10. *Fr.* 29. 55. §. 2. *D.* 36, 1. — Gewöhnlich braucht man den Namen Trebellianische Quart, die verschiedene Benennung kann aber leicht Irrthum veranlassen.)

3) Zuerst verordnete dieses gleichfalls der Pegasianische Rathschlufs. Vergl. §. 6. *v.* „*Sed si recusabat*“ *I.* 2, 23. Justinian hat aber bekanntlich den frühern, unter Nero zu Stande gekommenen Trebellianischen Rathschlufs (vom J. 815. *p. u. c.*) mit dem Pegasianischen unter dem gemeinschaftlichen Namen *Sctum Trebellianum* vereinigt und auch die Vorschrift der nothwendigen Annahme auf den

Digitized by Google

des Fideicommissars in der Regel von der Obrigkeit genöthigt werden können, die Erbschaft anzutreten und zu restituiren. Der Fideicommissar ist zu dem Ende befugt, eine *extraordinaria fideicommissi persecutio* anzustellen und es treten dabei die gewöhnlichen Mittel der Execution ein. Der zur Restitution gezwungene Fiduciar verliert zwar nun das Recht, die Quart abzuziehen, er bleibt aber doch von allen weitern erbschaftlichen Verbindlichkeiten befreiet [4]).

Zweiter Absatz.

Von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes.

§. 450.

Im Allgemeinen bestehen die Wirkungen des in der gehörigen Zeit erworbenen Fideicommisses gleichfalls aus Vortheilen und Nachtheilen. Der Fideicommissar wird nemlich durch die Restitution wirklicher Erbe und kann als solcher klagen und verklagt werden; der Fiduciar im Gegentheil hört auf, Erbe zu seyn, indem die Schuldner der Erbschaft gegen ihn, und er gegen die Gläubiger derselben eine *exceptio restitutae hereditatis* erlangt. — Die oben dargestellten Wirkungen des Erwerbes der directen Erbschaft brauchten also hier blofs auf die Fideicommisse angewendet zu werden, wenn nicht sowohl in Hinsicht auf die Gegenstände, welche übertragen werden, als

von ihm verbesserten Trebellianischen Rathschlufs übertragen. §. 7. *v.* „*Sed etiam id*" *I. eod.*

4) „*Nullo nec damno, nec commodo apud heredem remanente.*" §. 7. *I. cit.*

als in Hinsicht auf die herauszugebende Quantität bedeutende Verschiedenheiten Statt fänden, die noch etwas näher gegenwärtig zu entwickeln sind.

§. 451.

I) *Von den Gegenständen, welche auf den Fideicommissar übertragen werden.*

In der Regel geht das ganze Vermögen, um dessen Restitution der Erblasser gebeten hat, durch die Restitution sogleich auf den Fideicommissar über. Es versteht sich jedoch von selbst, dafs, wenn etwas nicht einmal auf den Erben, als zur Erbschaft gehörige Sache, übergehen kann, dieses noch viel weniger auf den Fideicommissar übergeht [1]). Gewisse Sachen aber brauchen, ob sie gleich der Erbe in Anspruch nehmen kann, doch nicht restituirt zu werden; namentlich wenn sie mit der Person des Erben (Fiduciars), als solcher, zusammenhängen [2]), oder wenn sie durch den muthmafslichen Willen des Testators ausgenommen sind [3]), oder wenn der Fideicommissar selbst Schuld an der zur Strafe nicht erfolgenden Restitu-

1) *Fr.* 18. §. 2. *D.* 36, 1. „*Quotiens quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis*“ *etc.* Dahin z. B. blofs persönliche Rechte des Erblassers und eben so die dem Erben schon vorher zugehörigen Sachen, welche der Erblasser bisher in gutem Glauben besessen hat.

2) *Fr.* 42. §. 1. *D. eod.* „*Restituta hereditate iura sepulchrorum apud heredem remanent.*“

3) Dahin gehört insonderheit die *dos*, welche die Tochter als *fiduciaria* niemals zu restituiren braucht (*Fr.* 22. §. 4 *D. h. t.*) und beim Prälegat der Theil, welchen der Miterbe *iure legati* entrichten mufs, wenn der Fiduciar blofs gebeten ist, seine *portio hereditaria* zu restituiren. *Fr.* 18. §. 3. *D. h. t.* vgl. mit *Fr.* 86. *D.* 35, 2.

Digitized by Google

tion ist [4]), oder endlich wenn nothwendige auf die Erbschaft verwendete Unkosten einen Abzug nöthig machen [5]). — Was die Vortheile betrifft, welche der noch liegenden Erbschaft, oder welche nach angetretener Erbschaft, sowohl in Ansehung der Erbschaft selbst, als der einzelnen erbschaftlichen Sachen, dem Fiduciar zuerst erworben sind, so müssen diese gewöhnlich ebenfalls restituirt werden [6]). — Die Erbschaftsnachtheile gehen ohne Unterschied mit der Erbschaft verhältnifsmäfsig auf den Fideicommissar über [7]), und die bei der Antretung des Fiduciars durch Confusion oder Consolidation verloren gegangenen Rechte leben durch die erfolgte Restitution an den Fideicommissar wieder auf [8]).

§. 452.

II) *Von der zu restituirenden Quantität.*

1) Kann der Erbe die Quart immer abziehen?

Bei der zu restituirenden Quantität gilt überhaupt der bekannte Grundsatz: dafs der Erbe nur drei Viertel der ganzen Erbschaft zu restituiren braucht, dafs er das Recht hat, eine Quart derselben für sich zu behalten und abzuziehen. Von diesem in der Regel eintretenden Rechte des Abzuges gibt es jedoch sehr wichtige Ausnahmen, d. i. Fälle, wo entweder der Abzug gleich Anfangs dem Erben nicht gestattet ist, namentlich wenn der Testator ihn verboten und der Erbe dessen ungeachtet freiwillig angetreten hat [1]); oder wo das Recht des Abzuges in der

4) Namentlich wenn er die Sache zuvor entwendet hat. *F.* 48. *D.* 36, 1. *c.* 5. *C.* 6, 37.

5) *Fr.* 22. §. 3. *D. eod.*

6) *Fr.* 18. §. 1. *Fr.* 63. §. 1. *Fr.* 66. §. 2. *D. h. t.*

7) *Fr.* 1. *D.* 36, 1. *c.* 1. 2. 8. *C.* 6, 49.

8) *Fr.* 73. §. 1. *Fr.* 80. *D.* 36, 1.

1) *Nov.* 1. *c.* 2. vergl. *Auth.* „*Sed cum testator*“ *C.* 6, 49.

Digitized by Google

Folge wegfällt, insonderheit wenn der Erbe sich zum Antreten der Erbschaft hat zwingen lassen [2], wenn er nach Justinian's Vorschrift ein Inventar zu errichten versäumt hat [3] u. s. w.

§. 453.

2) Wie grofs mufs die Quart nach Verhältnifs des Vermögens seyn und nach welcher Zeit das Vermögen beurtheilt werden?

Die Quantität des Vermögens bestimmt natürlich die Gröfse der Quart; jene richtet sich aber theils nach den zu restituirenden Gegenständen, theils nach der Zeit der vorzunehmenden Restitution. In beiden Puncten zeigt sich eine wichtige Verschiedenheit der Fideicommisse von den Legaten. Bei den Fideicommissen erstreckt sich nemlich der Abzug ohne Unterschied auf Alles; es findet keine Abrechnung der Schulden, Leichenkosten, ja nicht einmal der Legate Statt [1]. Was die Zeit betrifft, so wird nicht, wie bei den Legaten, auf den Zeitpunct des Todes des Erblassers, sondern auf den der wirklichen Restitution Rücksicht genommen, der in der Zwischenzeit, vom Tode des Testators an, gemachte Vortheil, kommt dem Fiduciar und Fideicommissar eben so zu statten, als Beide den eingetretenen Schaden gemeinschaftlich tragen müssen [2].

---

2) *Fr.* 14. §. 4. *Fr.* 27. §. 2. *D.* 36, 1.

3) *c* 22. §. 14. *C.* 6, 30.

1) *c.* 8. *C.* 6, 49. Anders bei den Legaten (vgl. §. 3. *I.* 2, 22.) Die Verschiedenheit läfst sich leicht erklären, wenn man bedenkt, dafs der Erbe nach Entrichtung der Legate Erbe bleibt und als solcher fernerhin alle Lasten tragen mufs, dafs es folglich billig ist, dasjenige von den Legaten zuvor abzuziehen, was auf diese, als Bestandtheil des Vermögens, zugleich ist verwendet worden und durch dessen Auszahlung sich die Summe des Ganzen verringert hat.

2) *Fr.* 22. §. 1. *Fr.* 58. §. 6. *D.* 36, 1.

Digitized by Google

§. 454.

3) Was wird in die Quart eingerechnet, damit der Erbe sie vollständig erhalte?

Bei dem Fideicommissar wird nicht blofs dasjenige in die Quart eingerechnet, was der Erbe als solcher erhält [1]), sondern überhaupt Alles, was ihm durch den Willen des Erblassers zu Theil ward, also auch die Legate u. s. w. Keineswegs aber gehört dasjenige hierher, was er nicht durch den Willen des Erblassers, obgleich aus der Erbschaft gezogen hat [2]). Bei Prälegaten insonderheit kommt auch der Theil nicht in Anschlag, welchen der Erbe (Prälegatar) von seinem Miterben *iure legati* erhält [3]).

§. 455.

4) Kann der Erbe nicht bisweilen mehr als die Quart abziehen, und hat er ausserdem noch besondere Vortheile?

In der Regel mufs der Erbe mit der Quart zufrieden seyn und alles Uebrige dem Fideicommissar herausgeben, Hat der Erbe insonderheit den Pflichttheil erhalten, so besitzt er dadurch zugleich alles zur Quart Gehörige und hat diese zugleich mit abgezogen [1]). Ehemals da der

---

1) Bei der von den Legaten abzuziehenden Quart wird blofs dasjenige eingerechnet, was der Erbe *iure hereditario* erhält. Vergl. *Fr.* 91, *D.* 35, 2.

2) *Fr.* 22. §. 2. *D.* 36, 1. „*Fructus qui percepti sunt, negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur.*“

3) *Fr.* 91. *D.* 35, 2. vgl. *Fr.* 86. *D. eod. c.* 24. *C.* 3, 36. Ueber die nähern Bestimmungen vergl. Donelli *Comm.* VII, 30. §. 11—15.

1) Das canonische Recht in den *cap.* 16. 18. (*Raynutius et Raynaldus*) *X.* 3, 26. (*de testam.*) nimmt an, dafs nicht blofs der Pflichtheil, sondern ausserdem auch die Quart abgezogen werden könne.

Digitized by Google

Pflichttheil stets ¼ der Intestatportion ausmachte (§. 427.), konnte man auch umgekehrt behaupten, dafs wer die Quart abgezogen, dadurch zugleich den Pflichttheil erhalten habe. Da aber nach neuerm Rechte der Pflichttheil erhöhet ist, so ist der Erbe, welcher als Fiduciar blofs die Quart abgezogen hat: immer noch berechtigt, wenigstens so viel abzuziehen, als das Pflichttheilsquantum mehr beträgt [2]). — Abgesehen von der Quart stehen aber dem Fiduciar immer noch gewisse sonstige Vortheile zu, insonderheit der von dem Miterben zu entrichtende Theil eines Prälegates, die aus dem gegenwärtigen Fideicommifs vor der Restitution, ohne säumig zu seyn, percipirten Früchte, endlich die mit der Person des Erben, als solcher, in Verbindung stehenden Gegenstände, namentlich die *iura sepulchrorum.*

§. 456.

5) Welche Lasten ist der Erbe für die Quart zu übernehmen schuldig?

Wenn der Erbe die Quart nicht abziehet, so gehen in der Regel sämmtliche Lasten auf den Fideicommissar über [1]); wenn hingegen der Erbe die Quart abziehet, so werden die Erbschaftslasten verhältnifsmäfsig zwischen ihm und dem Fideicommissar vertheilt [2]), vorausgesetzt, dafs der Erbe die Quart als Quote der Erbschaft abziehet, ihm nicht ein bestimmtes Object, eine *pars quanta* dafür angewiesen ist [3]).

---

2) Vergl. überhaupt Donelli *Comm.* VII, 30. §. 16—18.

1) *Fr.* 45. *D.* 36, 1. §. 7. *v.* „*Si vero totam*“ *I.* 2, 23. Vergl. jedoch *Fr.* 60. 63. §. 3. *D. eod.* „*In eam partem quae excedit, non transferuntur actiones.*“

2) §. 7. *I. cit. c.* 1. 2. *C.* 6, 49.

3) §. 9. *I.* 2, 23. *Fr.* 30. §. 3. *D.* 36, 1. Vgl. c. 7. *C.* 4, 16.

Digitized by Google

Anhang.

Von den bei der Universalsuccession Statt findenden Rechtsmitteln.

§. 457.

I) *Von der Erbschaftsklage* (Hereditatis petitio).

Inst II, 18. *Dig.* V, 2—6. *Cod.* III, 28. 31. — Donellus *Lib.* XX. *c.* 3—16.

Unter Erbschaftsklage (*Hereditatis petitio*) ist die dingliche Klage zu verstehen, womit wir eine uns zustehende Erbschaft gegen den, welcher sie ohne Grund, oder mit schwächerem Rechte besitzt, klagend verfolgen [1]). Die Klage wird von dem angestellt, welcher behauptet, dafs ihm eine Erbschaft ganz oder zum Theil zustehe, einerlei, auf welche Weise sie ihm deferirt ist, nur mufs sie von ihm selbst, oder von solchen Personen, die ihm rechtlich erwerben konnten, erworben seyn. Beklagter ist derjenige, welcher *pro herede* oder *pro possessore* besitzt. Gegenstand der Klage ist natürlich die Erbschaft und dadurch mittelbar die einzelnen zu ihr gehörigen Sachen. Das Gesuch des Klägers ist darauf gerichtet, dafs er durch den richterlichen Ausspruch als Erbe anerkannt und bestätiget werde, sodann aber auch, dafs ihm die zur Erbschaft gehörigen Sachen herausgegeben werden. Der Beklagte hingegen sucht sich von der Klage zu befreien, oder verlangt wenigstens für seine bisherige Verwaltung der Erbschaft entschädigt zu werden [1]).

1) Die *Hereditatis petitio possessoria*, *fideicommissaria* und *partiaria* werden als Arten der Erbschaftsklage in den Quellen angeführt. — (*H. p. qualificata* nennen die neuern Rechtsgelehrten diejenige, wobei zugleich die Gültigkeit eines Testamentes angefochten wird, und dahin gehört namentlich die *querela inofficiosi testamenti.*)

2) Es gelten hier dieselben Grundsätze, welche oben bei der *rei vindicatio* (§. 171.) entwickelt sind.

Digitized by Google

§. 458.

II) *Von einigen sonstigen summarischen Rechtsmitteln.*

Zu den sonst noch eintretenden summarischen Rechtsmitteln gehört insonderheit: 1) das *interdictum de tabulis exhibendis* [1]; 2) das *interdictum quorum bonorum* [2]; 3) das *remedium ex l. ult. C. de edicto divi Hadriani tollendo* (VI, 33.): 4) das *interdictum quod legatorum* [3].

Zweiter Hauptabschnitt.

Darstellung der Singularsuccession.

Inst. II, 20. 24. *Dig.* XXX—XXXII. *Cod.* VI, 37. — Donellus *Libr.* VIII. — Ernst Christ. Westphal hermeneutisch - systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen u. s. w. 2 Thle. Leipz. 1791. 8.

---

§. 459.

Nach erfolgter Gleichsetzung der Singularfideicommisse mit den Legaten [1], ist der Begriff der Singularsuccession gleichbedeutend mit dem eines Legates. Unter Legat oder Vermächtniſs ist aber eine im letzten Willen gemachte Schenkung zu verstehen, oder eine Be-

---

1) *Dig.* XLIII, 5. *Cod.* VIII, 7.

2) *Dig.* XLIII, 2. *Cod.* VIII, 2.

3) *Dig.* XLIII, 3. *Cod.* VIII, 3.

1) *c.* 2. *C.* 6, 43. — Auch die *donationes mortis causa* sind „*per omnia fere*“ den Legaten gleichgesetzt. §. 1. *I.* 2, 7. (vergl. §. 142. Note 3.)

Digitized by Google

schränkung der Erbschaft (*delibatio hereditatis*), indem der Erblasser von dem Gesammtvermögen, welches auf den Erben übertragen wird, Jemanden eine einzelne Sache, oder eine bestimmte Summe (*pars quanta*) zu geben befiehlt [2]).

Erstes Hauptstück.

Von der Delation der Singularsuccession.

Erster Abschnitt.

Von der anfänglichen Gültigkeit der Delation.

Erster Absatz.

Von den dabei vorkommenden Subjecten.

§. 460.

I) *Von der Person dessen, der legirt.*

Ein Jeder kann legiren (Legant seyn), welcher das Recht hat zu testiren (§ 384), und dieses wird nach der Zeit, wo legirt wurde, beurtheilt [1]). Die nachher eingetretene und bis zum Tode fortgedauerte Fähigkeit zu legiren, kann dem von einem Unfähigen errichteten Vermächtnifs, wenn es in einem Testamente hinterlassen

2) *Fr.* 36. *D.* 31. „*Legatum est donatio testamento relicta.*“ *Fr.* 116. *D.* 30. „*Est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alieni quid collatum velit.*“ §. 3. *I.* 2, 20. „*Est donatio a defuncto relicta, ab herede* (*ut plurimum*) *praestanda.*“

1) *Fr.* 2. 114. *D.* 30. *Fr.* 1. *D.* 32.

Digitized by Google

wurde, keine Gültigkeit verleihen; wurde hingegen das Legat in einem Codicill hinterlassen, so kann es durch den aufgehörten Zustand der Unfähigkeit gültig werden, wenn der Legant seinen Willen nicht geändert hat [2]).

§. 461.

II) *Von der Person dessen, dem legirt wird.*

Einem Jeden kann legirt werden, welcher Erbe seyn kann [1]). Die Fähigkeit des Legatars wird aber nach der Zeit des errichteten letzten Willens (*ut constiterit legatum*) und des Todes des Erblassers (*ut legatum exitum habeat*) beurtheilt [2]). Ein unfähiger Zwischenzustand schadet nicht (*media tempora non nocent*) und in gewissen Fällen wird selbst auf jenen doppelten Zeitpunct keine Rücksicht genommen [3]).

§. 462.

III) *Von der Person dessen, der das Legat entrichten soll.*

Von einem Jeden kann ein Legat hinterlassen werden (ein Jeder kann *Oneratus* seyn), auf den durch den Tod des Erblassers mit dessen Willen etwas gekommen ist

---

2) Der Grund ist, weil ein Testament nicht durch den blossen Willen errichtet, also auch nicht durch ihn allein erhalten werden kann, die Codicille hingegen mehr auf dem blossen Willen beruhen und nicht so strenge an die Förmlichkeiten des Rechts gebunden sind. *Fr.* 3. *D.* 28, 1. vergl. *Fr.* 38. *D.* 2, 14.

1) §. 24. *I. h. t.* (vergl. §. 393.)

2) Auf die Zeit der Antretung der Erbschaft kommt es so wenig an, als auf die Zeit der Agnition, indem das Legat sogleich im Augenblicke des Todes des Erblassers *ipso iure* erworben wird. (vergl. §. 161.)

3) Vergl. *Fr.* 42. 51. *D.* 31. *Fr.* 104. *D.* 35, 1. u. m. a. St.

Digitized by Google

(der zugleich *Honoratus* ist), und zwar entweder so, dafs der Erblasser ihm positiv etwas gegeben, oder so, dafs er ihm etwas nicht entzogen hat, was er hätte entziehen können [1]). Es gehören dahin *a*) alle Erben, sowohl die testamentarischen als gesetzlichen, die instituirten als substituirten [2]), die directen als fideicommissarischen [3]); eben so *b*) Alle diejenigen, die *titulo singulari* etwas erworben haben, nur dürfen sie nicht mehr belästiget seyn, als sie honorirt sind [4]). — Insbesondere entsteht aber hier noch die wichtige Frage: ob dem Erben von sich selbst ein Legat hinterlassen werden könne (*Praelegatum*)? Die Antwort ist: dafs dieses im Allgemeinen nicht angehet [5]). Wenn nur ein einziger Erbe (*Heres ex asse*) eingesetzt, so ist begreiflicher Weise das ganze Legat ohne Wirkung („*quia totum a se ipso haberet*"); wenn aber mehrere Erben vorhanden sind, so ist nur der Theil, den der Erbe von sich selbst erhalten würde, als ungültig hinterlassen zu betrachten [6]).

---

1) „*Vel dum aliquid datur, vel dum non adimitur.*" *Fr.* 1. §. 6. *D.* 32.

2) Die Legate, die den *institutis* auferlegt waren, werden bei den *substitutis* als stillschweigend wiederholt betrachtet.

3) In allen diesen Fällen steht es dem Erblasser frei, zu bestimmen: ob Einer allein, oder Alle, und zwar entweder nach Viril- oder nach erbschaftlichen Theilen das Legat entrichten sollen.

4) Auch dem *debitor defuncti* kann zur Compensation seiner Schuld ein Legat auferlegt werden. *Fr.* 77. *D.* 30.

5) *Fr.* 116. §. 1. *D.* 30. „*Legatum heredi a se ipso inutiliter datur.*"

6) Burchard. Wilh. Pfeiffer *Diss. de praelegatis. Marb.* 1798. 4.

Digitized by Google

Zweiter Absatz.
Von dem legirten Gegenstande.

§. 463.

I) *Von den Gegenständen eines Legates überhaupt.*

Im Allgemeinen können sowohl Sachen als Handlungen Gegenstand eines Legates seyn: 1) Sachen können legirt werden, und zwar sowohl eigentliche Sachen, als Rechte an Sachen (s. g. *res incorporales*), sowohl einzelne Sachen, als eine Mehrheit von Sachen, sowohl eigenthümliche Sachen des Testators, als fremde und gemeinschaftliche Sachen; die legirten Sachen müssen aber existiren oder wenigstens in der Folge existiren können [1]), sie dürfen dem Verkehr weder absolut noch relativ entzogen seyn [2]) und sie müssen dem Legatar Nutzen gewähren können [3]); 2) Handlungen können legirt werden, vorausgesetzt, dafs sie nicht gegen die Vorschriften des Rechts und gegen die guten Sitten anstofsen [4]), dafs sie einigen Nutzen gewähren [5]) und dafs dieser Nutzen sich auf einen bestimmten äussern Werth zurückführen lasse [6]).

1) Das Legat solcher Sachen, *quae nondum existunt, sed futurae sperantur*, ist, was die Transmission betrifft, als ein unbedingtes, was hingegen die wirkliche Leistung anbelangt, als ein bedingtes zu betrachten. §. 7. *I. h. t. Fr.* 99. *D.* 35, 1. *Fr.* 25. §. 1. *D.* 36, 2.

2) § 4. *I. h. t. Fr.* 39. §. 8. *sq. D.* 30. *Fr.* 49. §. 2. 3. *D.* 31. — Bei den blofs dem Verkehr des *Oneratus* entzogenen Sachen mufs jedoch der Werth geleistet werden. *Fr.* 40. 114. §. 5. *D.* 30. 3) § 14. *I. h. t.*

4) „*Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est, vel bonos mores non valet.*“ *Fr.* 112. §. 3. 4. *D.* 30. Vgl. *Fr.* 114. §. 6. *D.* 30. *Fr.* 27. *D.* 28, 7.

5) *Fr.* 114. §. 2. *D.* 30. vergl. *Fr.* 113. §. 5. *D. eod.*

6) Vgl. *Fr.* 114. §. 8. *D.* 30. *Fr.* 14. §. 8. *D.* 32. *Fr.* 92. *D.* 35, 1.

Digitized by Google

§. 464.

II) *Von einigen besonders in den Gesetzen ausgezeichneten Arten der Legate.*

Ernst Christ. Westphal System d. Lehre von den einzelnen Vermächtnifsarten u. s. w. Lpz. 1798. 8.

Zu den besonders in den Gesetzen ausgezeichneten Arten der Legate gehört: *a*) das Legat einer dem Legatar schon gehörenden Sache [1]; *b*) einer solchen Sache, die der Testator ohnehin dem Legatar schuldig ist [2]; *c*) einer fremden Sache [3]; *d*) einer gemeinschaftlichen Sache [4]; *e*) einer verpfändeten Sache [5]; *f*) einer erbschaftlichen Quote (*legatum partitionis*) [6]; *g*) das jährlich, monatlich, oder täglich hinterlassene Legat [7]; *h*) das Legat einer persönlichen Dienstbarkeit, insonderheit eines Usufructes [8]: *i*) einer dinglichen Dienstbarkeit [9]; *k*) das Legat und Relegat (Prälegat) einer Mitgift [10]; *l*) das Legat der ausdrücklich oder stillschweigend gestatteten Wahl (*legatum optionis, generis et rei alternativae*) [11]; *m*) das Legat vertretbarer Sachen [12]; *n*) eines *fundus in-*

---

1) Ueber die Fälle, in welchen ein solches Legat Nutzen gewähren kann, vgl. *Fr.* 82. §. 1. *D.* 30. *Fr.* 86. *pr.* §. 4. *D.* 30. *Fr.* 66. §. 6. *in f. D.* 31. (in der letztern Stelle ist statt *propter*, *praeter* zu lesen.)

2) §. 14. *I.* 2, 20. *Fr.* 28 34. § 2. *D.* 30. *Fr.* 29. *D.* 31.

3) §. 4. 10. *I.* 2, 20. *Fr.* 14. §. 2. *D.* 32. *Fr.* 39. §. 7. *Fr.* 71. *D.* 30. *Fr.* 41. §. 2. *Fr.* 67. §. 8. *D.* 31.

4) *Fr.* 5. §. 1. 2. *Fr.* 8. 24. §. 1. *D.* 30. *Fr.* 10. 67. §. 8. *D.* 31. *Fr.* 30. §. 4. *Fr.* 76. §. 2. *D.* 32.

5) §. 5. *I.* 2, 20. *Fr.* 57. *D.* 30. *Fr.* 14. *D.* 33, 4. *c.* 6. *C.* 6, 42.

6) Vergl. §. 5. *I.* 2, 23.

7) *T. T. D.* XXXIII, 1.

8) *Dig.* XXXIII, 2.

9) *Dig.* XXXIII, 3.

10) *Dig.* XXXIII, 4.

11) *Dig.* XXXIII, 5.

12) *Dig.* XXXIII, 6.

Digitized by Google

structus und *cum instrumento* [13]); *o*) eines Peculs [14]); *p*) dessen was zu einer Vorraths- oder Speisekammer gehört (*leg. penoris*) [15]); *q*) des Hausgeräthes [16]); *r*) der Alimente und Nahrungsmittel [17]); *s*) des Goldes, Silbers, weiblichen Schmuckes u. s. w. [18]); *t*) das Legat einer Schuld, die der Testator entweder von einem Dritten, oder vom Legatar selbst verlangen konnte (*legat. nominis et liberationis* [19]).

§. 465.

Anhang: Von der Catonischen Regel.

Dig. XXXIV, 7.

Die von dem älteren oder jüngern Cato so genannte Catonische Regel stellt den sowohl auf die subjective als objective Ungültigkeit sich beziehenden Grundsatz auf: dafs wenn gleich Anfangs einer gewissen Person nicht legirt, oder eine gewisse Sache nicht hinterlassen werden konnte, das Legat auch in der Folge durch keine Veränderung gültig werden kann [1]). Die Catonische Regel, die sich übrigens nicht blofs auf Legate, sondern auch auf Erbeinsetzungen beziehet, findet übrigens nicht Statt: 1) wenn etwas unter einer Bedingung hinterlassen war, denn hier kommt Alles auf die Zeit der eintretenden Be-

---

13) *Dig.* XXXIII, 7. 14) *Dig.* XXXIII, 8.

15) *Dig.* XXXIII, 9. 16) *Dig.* XXXIII, 10.

17) *Dig.* XXXIV, 1. 18) *Dig.* XXXIV, 2.

19) *Dig.* XXXIV, 3. vergl. §. 21. *I.* 2, 20.

1) *Fr.* 1. *D. h. t.* „*Catoniana regula sic definit: Quod, si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret: id legatum, quandocunque decesserit, non valere.*“ *Fr.* 41. §. 2. *D.* 30. „*Siquidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet.*“ *Fr.* 29. 210. *D.* 50, 17. (vgl. §. 230. Note 6.)

Digitized by Google

dingung an [2]); 2) wenn der *dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem* [3]).

Dritter Absatz.

Von der Art und Weise zu legiren.

---

§. 466.

1) *Das Legat mufs wirklich angeordnet seyn.*

Die wirkliche Anordnung eines Legates geschieht entweder in einem gültigen Testamente, oder in gültigen Codicillen, sowohl ausdrücklich als stillschweigend [1]), selbst durch einen blossen Wink [2]). Der ausdrücklichen Anordnung können auch gewisse nähere Bestimmungen [3]) hinzugefügt werden, und dahin gehört namentlich: 1) *demonstratio* [4]), 2) *causa* [5]), 3) *dies*, 4) *conditio* und 5) *modus* [6]).

---

2) *Fr.* 98. *D.* 35, 1.

3) *Fr.* 3. *D.* 34, 7. (Eine dritte Ausnahme fand ehemals Statt bei den s. g. neuen Gesetzen, d. i. bei der *lex Julia et Papia Poppaea*, *Fr.* 5. *D. eod.*, wodurch verordnet wurde: *ut dies legatorum ab apertura tabularum cederet.* Vergl. aber *c.* 1. §. 1. *C.* 6, 51.)

1) *Fr.* 118. *D.* 30. *Fr.* 64. 67. §. 10. *Fr.* 9. *pr. D.* 31. *Fr.* 11. §. 4. *Fr.* 39. *pr. D.* 32.

2) *Fr.* 21. *D.* 32. *c.* 22. *C.* 6, 42. vergl. jedoch *c.* 32. *C. eod.*

3) *Dig.* XXXV, 1. *Cod.* VI, 45. 46.

4) Vergl. *Fr.* 1. §. 8. *D.* 33, 4. *Fr.* 17. §. 1. *D.* 35, 1.

5) Vergl. *Fr.* 17. §. 2. *D.* 35, 1. §. 31. *I.* 2, 20.

6) Vgl. *Fr.* 92. *D.* 35, 1. *c.* 1. *C.* 6, 45. — Ueber alle diese nähern Bestimmungen ist zu vergleichen Donellus VIII, 14. §. 7—33.

Digitized by Google

§. 467.

II) *Die Anordnung mufs mit dem Willen des Erblassers übereinstimmen.*

Der blosse Wille ohne Aeusserung reicht so wenig hin, als die Aeusserung ohne Willen. Der Wille des Erblassers fehlt aber, so oft ein wesentlicher Irrthum vorgefallen ist: und dieser läfst sich denken entweder in der Sache selbst [1]), oder in der Person des Legatars [2]), oder in der Verwandtschaft [3]), oder in dem allgemeinen Namen der Sache [4]), oder endlich in dem Eigenthume des legirten Objectes [5]). In allen diesen Fällen ist das Legat ungültig, weil anzunehmen ist, der Erblasser würde nicht legirt haben, wenn er das wahre und richtige Verhältnifs gekannt hätte [6]). Eben so fehlt es an der nöthigen Bestimmung des Willens, wenn eine solche Ungewifsheit vorhanden ist, dafs sich durchaus nicht angeben läfst, was, oder wie viel, oder wem legirt worden ist [7]).

---

1) *Fr.* 4. *pr. D.* 30. 2) *Fr.* 9. *pr. D.* 28, 5.

3) *c.* 4. 7. *C.* 6, 24. (vergl. §. 397. Note 4.)

4) *Fr.* 4. *pr. D.* 30. *Fr.* 7. §. 2. *v.* „*Id Tubero*“ *D.* 33, 10. (Irrthum in der eigenthümlichen Benennung schadet jedoch nicht; „*rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.*“ *Fr.* 1. *pr. D.* 30. vgl. §. 29. *I.* 2. 20.)

5) §. 4. *I.* 2, 20. Der in dem *Fr.* 67. §. 8. *D.* 31. angegebene Grund ist: *quia magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores sunt voluntates.* Eine Ausnahme findet jedoch Statt: „*si proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset testator, etsi scisset.*“ *c.* 10. *C.* 6, 37.

6) Vgl. überhaupt Donellus VIII, 4. §. 4—16.

7) *Fr.* 2. *D.* 34, 8. *Fr.* 4. *D.* 34, 5. Vergl. *Fr.* 71. *pr.* 75 §. 1. *D.* 30. *Fr.* 10. *D.* 34, 5. s. Donellus VIII, 14. §. 6.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Von der gültigen Fortdauer der Delation.

Dig. XXXIV, 4. 9. *Cod.* VI, 35.

§. 468.

I) *Von der zufälligen Ungültigkeit.*

Eine zufällige Ungültigkeit des gehörig deferirten Legates tritt in folgenden Fällen ein: 1) wenn die legirte Sache ohne Schuld dessen, der sie leisten soll, zu Grunde geht, oder dem menschlichen Verkehr entzogen wird [1]; 2) wenn der Legatar sie in der Zwischenzeit bereits aus einem andern lucrativen Grunde erworben hat [2]; 3) wenn der Legatar vor dem Erblasser, oder vor eingetretener Bedingung gestorben ist [3]. — Ehemals war auch bei der auf irgend eine Art eintretenden Ungültigkeit des Testamentes, das darin angeordnete Legat jederzeit ungültig; Justinian hat aber im Falle der Ungültigkeit wegen Uebergehung oder ungerechter Enterbung verordnet, dafs hier zwar die Erbeinsetzung ungültig seyn, die übrigen *testamenti capita* aber bestehen bleiben sollen [4].

§. 469.

II) *Von der Ungültigkeit durch den Willen des Erblassers.*

Es steht dem Erblasser oder Leganten frei, so lange er lebt, das hinterlassene Legat wieder zurückzunehmen,

1) §. 16. *I.* 20, 1. *Fr.* 36. §. 3. *Fr.* 47. §. 6. *D.* 30.

2) §. 6. *I. eod. Fr.* 22. *D.* 31. *c.* 11. *C.* 6, 37.

3) *c. un.* §. 2. 7. *C.* 6, 51.

4) *Nov.* 125. *c.* 3. §. 14. *in f. Auth.* „Ex causa" *C.* 6, 28. (s. §. 430. Note *b.*)

Digitized by Google

men [1]), und da das Legat nicht zum Wesen des Testamentes gehört, so ist dazu der blosse Wille hinreichend [2]). Ein solcher entgegengesetzter Wille kann aber wieder sowohl ausdrücklich erklärt, als aus dringenden Vermuthungen und factischen Umständen gefolgert werden [3]).

§. 470.

III) *Von der Ungültigkeit durch die Schuld des Legatars.*

Durch die Schuld des Legatars wird das Legat ungültig, wenn sich derselbe des Legates unwürdig gezeigt hat. Dahin gehören insonderheit folgende Fälle: 1) wenn er das Testament, worin das Legat hinterlassen war, ohne Grund als ein falsches oder pflichtwidriges angefochten hat [1]); 2) wenn er sich als testamentarischer Tutor, seiner Fähigkeit ungeachtet, entschuldigt hat [2]); 3) wenn er das Testament verheimlicht hat, dieses aber nachher doch bekannt wird [3]).

---

1) „*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*“ *Fr.* 4. *D.* 34, 4.

2) Anders bei der Erbeinsetzung, diese kann nur mit dem Testamente selbst, dessen Wesen und Hauptinhalt sie ausmacht, ungültig werden; das Testament ist aber an gewisse Solennitäten gebunden und kann daher, nach einer bekannten Rechtsregel, durch den Willen des Testators nicht anders ungültig werden, als *rebus in contrarium actis.* *Fr.* 35. *D.* 50, 17. (s. §. 417.)

3) Vgl. z. B. *Fr.* 8. *pr.* 44. §. 4. *Fr.* 65. §. 2. *D.* 30. *Fr.* 39. *D.* 31. *Fr.* 3. §. 11. *Fr* 4. 18. *D.* 34, 4. *Fr.* 11. §. 13. *Fr.* 88. *D.* 32.

1) *Fr.* 5. §. 1. 5. 10. *D.* 34, 9. *Fr.* 22. §. 1. 2. *D.* 5, 2.

2) *Fr* 5. §. 2. *D.* 34, 9. *c.* 8. *C.* 6, 37.

3) *c.* 25. *C.* 6, 37.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Von dem Erwerbe der gehörig deferirten Singularsuccession.

Erster Abschnitt.

Von dem Erwerbe an und für sich, oder von der auf den Erwerb sich beziehenden positiven oder negativen Willensbestimmung des Legatars.

§. 471.

I) *Von der positiven Willensbestimmung oder von der Agnition des Legates.*

Die positive Erklärung des Legatars, das Legat erwerben zu wollen, oder die Agnition, geschieht durch eine blosse Aeusserung des Willens, die aber zurückwirkende Kraft hat, d. h. so betrachtet wird, als wäre sie gleich Anfangs bei Antretung der Erbschaft erfolgt [1]). Das Legat kann übrigens zu der Zeit agnoscirt werden, wo es wirklich deferirt ist, d. h. bei einem unbedingten Legat zu der Zeit, wo der Erblasser gestorben und die Erbschaft angetreten ist; bei einem bedingten hingegen zu der Zeit, wo die Bedingung eingetreten ist [2]). Das Recht das Legat zu erwerben, darf aber nicht bereits durch Repudiation verloren gegangen seyn [3]). War nur ein einziges Legat hinterlassen, so muſs es natürlich ent-

1) *Fr.* 44. §. 1. *Fr.* 86. §. 2. *D.* 30.

2) *Fr.* 32. 80. *D.* 31.

3) „*Postquam legatarius legatum repudiavit, nunquam videtur legatum eius fuisse, sed fuisse heredis.*“ *Fr.* 44. §. 1. *Fr.* 86. §. 2. *D.* 30.

Digitized by Google

weder ganz erworben, oder ganz ausgeschlagen werden [4]; von mehrern Legaten hingegen kann natürlich der Legatar das eine annehmen, das andere ausschlagen, es müfste denn das auszuschlagende Vermächtnifs mit einer Leistung beschwert seyn [5].

§. 472.

II) *Von der negativen Willensbestimmung, oder von der Repudiation.*

So wie es einem Jeden frei stehet, durch Agnition das ihm deferirte Legat zu erwerben, so ist ihm auch die negative Erklärung des Willens, oder die Repudiation, nach Gutdünken überlassen. Auch die Repudiation hat jedoch nicht eher Wirkung, als bis das Legat wirklich deferirt ist und folglich überhaupt eine Erklärung des Willens als zulässig erscheinet [1].

Zweiter Abschnitt.

Von den Wirkungen des geschehenen Erwerbes.

---

§. 473.

I) *Wirkungen im Allgemeinen.*

Was 1) die Wirkungen der Agnition betrifft, so zeigen sich *a*) die Vortheile des erworbenen Legates

---

4) *Fr.* 4. *D.* 31. „*Unius rei legatae partem velle, partem nolle, nemini concessum.*“

5) *Fr.* 5. *D.* 31. — Auch bei den mehrern Erben des Legatars tritt, wie sich von selbst versteht, eine Theilung ein. *Fr.* 38. *pr. D.* 30.

1) „*Eius est nolle, qui potest et velle.*“ *Fr.* 4. *D.* 29, 2. *Fr.* 3. *D.* 50, 17. Vergl. *Fr.* 45. §. 1. *D.* 31.

Digitized by Google

darin, dafs das Eigenthum der legirten Sache *ipso iure* auf den Legatar übergeht, und zwar so, als wenn es gleich im Augenblick der angetretenen Erbschaft erworben wäre [1]), und dafs der Legatar durch die gehörigen Rechtsmittel sein Recht durchsetzen und verfolgen könne (s. §. 478.): *b*) Nachtheile und Lasten sind mit dem Legat nicht anders verbunden, als wenn der Erblasser dieses ausdrücklich gewollt hat, und überhaupt darf dem Legatar das erworbene Legat niemals zum Nachtheil gereichen [2]). 2) Die Wirkung der gehörig geschehenen Repudiation besteht im Allgemeinen darin, dafs das Legat gerade so betrachtet wird, als ob es gar nicht hinterlassen wäre [1]).

§. 474.

II) *Von der auf die Agnition erfolgenden wirklichen Leistung insonderheit.*

A) Von den bei der Leistung vorkommenden Subjecten.

Das Legat mufs natürlich zunächst dem Legatar selbst geleistet werden; stirbt derselbe *ante diem legati cedentem*, so erlischt das Legat, geht er aber *post diem legati cedentem* mit Tode ab, so wird dasselbe auf seine Erben transmittirt [1]). Das Recht des Legatars beginnt aber (*dies legati cedit*) bei unbedingt oder unter einer gewissen Zeitbestimmung hinterlassenen Legaten im Augen-

---

1) „*Ea quae legantur recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.*“ *Fr.* 44. §. 1. *Fr.* 86. §. 2. *D.* 30. *Fr.* 80. *D.* 31. *Fr.* 64. *in f. D.* 47, 2. *c.* 3. §. 2. *C.* 6, 43. (Vergl. §. 161.)

2) Vergl. §. 1. *I.* 2. 24.

3) *Fr.* 38. 44. §. 1. *Fr.* 86. §. 2. *D.* 30.

1) *Dig.* XXXVI, 2. *Cod.* VI, 33.

Digitized by Google

blick des Todes des Erblassers [2]); bei bedingt oder unter einer ungewissen Zeitbestimmung hinterlassenen Legaten hingegen nicht eher, als bis die Zeit oder Bedingung eingetreten ist [3]). — Die Frage, von wem das Legat entrichtet werden müsse? kommt vorzüglich alsdann in Betracht, wenn der, welcher das Legat leisten soll, nicht ausdrücklich genannt ist, oder als Erbe oder Legatar sein Recht ausgeschlagen hat.

§. 475.

B) Von dem Gegenstande der Leistung.

Im Allgemeinen muſs dasjenige geleistet werden, was der Erblasser zu leisten vorgeschrieben hat, und zwar mit allen Accessionen [1]). Häufig wird indessen das Legat vermindert, entweder durch die Anzahl der Personen, welchen dieselbe Sache hinterlassen ist, oder weil das gesetzliche Quantum überschritten ist. In jenem Falle ist zu untersuchen, wie es gehalten wird, wenn alle Legatarien, die bei einem und demselben Legat zusammentreffen, das ihnen angebotene Recht erwerben [2]), und wie, wenn Einer von ihnen wegfällt (*Jus accrescendi*) [3]). In diesem Fall aber ist die Vorschrift der berühmten *lex Falcidia* (714. *p. u. c.*) zu berücksichtigen, nach welcher das Quan-

---

2) *Fr.* 5. *D.* 36, 2. *c. un.* §. 1. *C.* 6, 51. Eine Ausnahme tritt zwar bei persönlichen Legaten ein, „*quorum dies ab adita demum hereditate cedit*“, aber bei diesen findet auch ihrer Natur nach kein Uebergang auf die Erben Statt.

3) *Fr.* 5. § 2. *D. c. un.* §. 1. *C. cit.* Vgl. *Fr.* 213. *D.* 50, 16.

1) *Fr.* 24. §. 1. *D.* 30. *Fr.* 10. *D.* 31. *Fr.* 16. *D.* 32.

2) §. 8. *I.* 2, 20. *Fr.* 33. 34. *pr.* *Fr.* 85. *D.* 30. *c. un.* §. 11. *C.* 6, 51.

5) *c. un.* §. 3. 11. *C.* 6, 51. Vgl. Donellus *Libr.* VIII. *c.* 21.

Digitized by Google

tum der Legate nicht $\frac{3}{4}$ der ganzen Erbschaft übersteigen darf [4]).

§. 476.

C) Von der Zeit der Leistung.

Was die Zeit der Leistung betrifft, so ist auf den Hauptunterschied Rücksicht zu nehmen, ob entweder die Leistung aufgeschoben ist, oder nicht. In dem letzteren Falle ist das Legat als gegenwärtig zu betrachten, d. h. das Recht des Legatars beginnt nicht nur sogleich, sondern es kann auch der legirte Gegenstand sogleich nach angetretener Erbschaft verlangt werden [1]). In dem ersteren Falle hingegen kann, wenn eine ungewisse Zeit oder Bedingung hinzugefügt ist, von dem Rechte selbst, so wie von der Leistung, erst wenn die Zeit eingetreten, oder die Bedingung erfüllt ist, die Rede seyn [2]). – Bei den durch eine gewisse Zeit aufgeschobenen Legaten entsteht zwar das Recht selbst sogleich, die Leistung selbst

---

4) *Inst.* II, 22. *Dig.* XXXV, 2. *Cod.* VI, 20. Bei der Darstellung dieses interessanten Gesetzes kommt es vorzüglich auf die Beantwortung folgender Fragen an: 1) worin besteht die Vorschrift desselben an und für sich? 2) in welchen Fällen kann man wirklich behaupten, dafs mehr, als das Gesetz erlaubt, hinterlassen sey? 3) welches ist die Strafe der verletzten Vorschrift des Gesetzes. — Der Kürze wegen müssen wir hier auf die ausführliche und gründliche Darstellung von Donellus *in Comm. Libr.* VIII. *cap.* 22 –27. verweisen. (Vgl. die von mir besorgte sechste Ausgabe *Vol.* V. *p.* 3 — 39.) Ueber die Berechnung insonderheit s. C. G. Konopak Beitrag zur Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart. Rostock 1811. 4.

1) „*Dies statim cedit et venit*“ *Fr.* 32. 44. §. 1. *Fr.* 86. §. 2. *D.* 30.

2) *Dies ante conditionem existentem neque cedit, neque venit.*

Digitized by Google

bleibt aber gleichfalls bis zum Eintritt der hinzugefügten Zeit aufgeschoben [3]).

§. 477.

D) Von dem Orte der Leistung.

Wenn der Erblasser den Ort bestimmt hat, an welchem die Leistung erfolgen soll, so mufs sein Wille vor allen Dingen befolgt werden [1]); wenn aber der Ort nicht ausdrücklich genannt oder wenigstens angedeutet ist, so mufs eine gewisse Sache da geleistet werden, wo sie hinterlassen ist, eine ungewisse Sache hingegen da, wo sie rechtlich gefordert werden kann [2]).

Anhang.

Von den bei der Singularsuccession Statt findenden Rechtsmitteln.

§. 478.

Dem Legatar stehen, um den *Oneratus* zur Leistung des ihm auferlegten Legates zu nöthigen, drei Rechtsmittel zu: 1) die *actio ex ultima voluntate*, welche aus der stillschweigenden Uebernahme der mit der erworbenen Erbschaft, oder dem erworbenen Legate vom Testator

3) *Dies cedit quidem, sed nondum venit. Fr.* 1. *D.* 35, 1. *c. un.* §. 1. 5. *C.* 6, 51.

1) *Fr.* 47. *pr. D.* 30.

2) *Fr.* 47. *D.* 30. *Fr.* 38. 50. *pr.* §. 1. *D.* 5, 1. *c. un. C.* III, 17.

Digitized by Google

verbundenen Lasten *quasi ex contractu* entspringen soll [1]); 2) die *rei vindicatio*, weil das Eigenthum der legirten Sache unmittelbar vom Erblasser, der selbst Eigenthümer war, auf den Legatar übergeht [2]); 3) die *actio hypothecaria*, weil nach Justinian's Verordnung mit dem Legat stets ein stillschweigendes, odes gesetzliches Pfand verbunden seyn soll [3]).

---

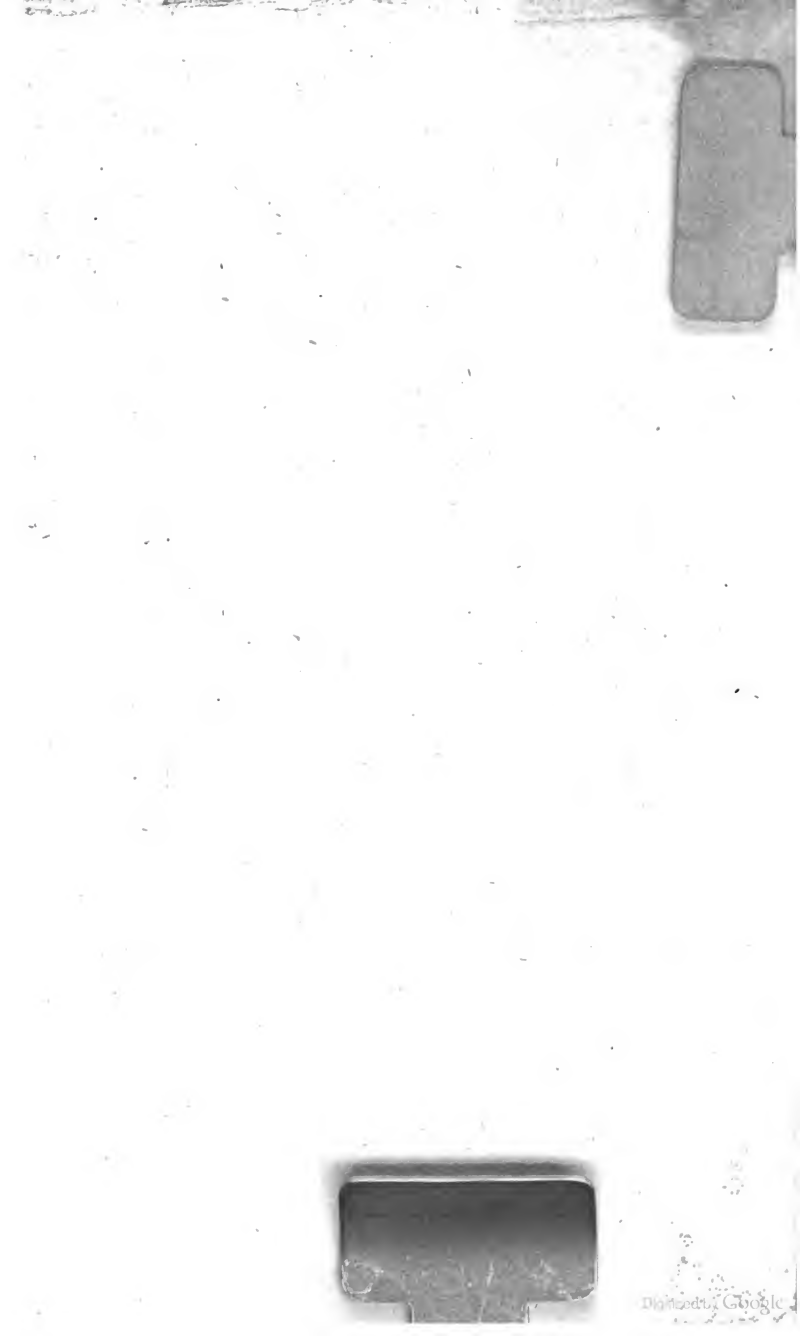
1) §. 6. *I.* 2, 20. §. 5. *I.* 3, 28. *Fr.* 69. §. 5. *Fr.* 82. *pr. Fr.* 91. §. 7. *D.* 30. *Fr.* 29. §. 3. *D.* 32. (vergl. §. 315.)

2) *Fr.* 108. §. 2. *D.* 30. *Fr.* 76. §. 2. *D.* 31.

3) *c.* 1. *C.* 6, 43. vgl. §. 208. (Ueber die *cautio legatorum servandorum causa praestanda*: *Dig.* XXXVI, 3. 4. *Cod.* VI, 54.)

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google